



Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”
Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos

Una defensa de la Teoría del Derecho de H.L.A. Hart:
sobre la posibilidad del positivismo jurídico hartiano para explicar el
Derecho del Estado constitucional

Trabajo de Fin de Máster

Autor

Luis Ignacio Corona Bárcenas

Directora

Prof. Dra. Dña. María del Carmen Barranco Avilés

Madrid, 2014

ÍNDICE

Introducción	i
I. El texto constitucional: sobre la incorporación en la Constitución de contenidos materiales	1
1. La Constitución como norma jurídica suprema y rígida	2
2. Primer argumento: la vulneración de la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral con motivo de la incorporación en la Constitución de contenidos materiales	5
3. Positivismo jurídico hartiano y la incorporación en la Constitución de contenidos materiales	18
II. Validez y la tesis del Derecho como sistema normativo mixto	23
1. <i>El problema de la validez jurídica</i>	24
2. Segundo argumento: la tesis del Derecho como sistema normativo mixto	30
3. Positivismo jurídico hartiano y la tesis del Derecho como sistema normativo mixto	37
III. El papel del juez en el Derecho del Estado constitucional (I): sobre el control de constitucionalidad y la interpretación de la Constitución	49
1. El control de constitucionalidad	50
2. Tercer argumento: el problema de la interpretación del Derecho del Estado constitucional	62
2.1 ¿Qué es interpretación?	63
2.2 ¿La interpretación de la Constitución es un caso especial de interpretación jurídica?	72
IV. El papel del juez en el Derecho del Estado constitucional (II): <i>the Nightmare and the Noble Dream</i> y la tesis de la determinación parcial del Derecho	82
1. <i>The Nightmare</i> o la tesis de la total indeterminación del Derecho	84
1.1 Realismo jurídico americano	84
1.2 Realismo jurídico escandinavo	94
1.3 Realismo jurídico genovés	106
2. <i>The Noble Dream</i> o la tesis de la total determinación del Derecho	114
3. Positivismo jurídico hartiano y el papel del juez en el Derecho del Estado constitucional: la tesis de la determinación parcial del Derecho.	124
Conclusiones	133
Bibliografía	135

INTRODUCCIÓN

“Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas, y aún paradójicas, como la pregunta “¿qué es derecho?””¹. Estas son las primeras líneas de *El concepto de Derecho*, de H.L.A. Hart. El objeto de la Teoría del Derecho es responder a esta pregunta². Su misión, en palabras de H. Kelsen, es “la descripción del derecho positivo tal como es, sin hacer ninguna valoración de él, esto es, una descripción de lo que es y no de lo que debe ser; a ella le corresponde, además, la definición de los conceptos indispensables para aquella descripción”³. Desde mi punto de vista, el planteamiento sobre el Derecho que mejor ha cumplido esta misión es el positivismo jurídico. En este trabajo trataré de exponer las razones que permiten justificar tal afirmación y, por tanto, abordaré la defensa del positivismo jurídico frente a planteamientos no positivistas; sin embargo, lo que en él se dice parte de un presupuesto, que el positivismo hartiano es la mejor teoría positivista del Derecho.

Es cierto que Hart formuló su teoría durante la segunda mitad del siglo XX, y desde entonces mucho se ha escrito, por lo que para justificar esta afirmación, primero, es necesario determinar qué claves permiten identificar el positivismo jurídico hartiano. El positivismo jurídico hartiano se identifica a partir de tres tesis: las fuentes sociales; la separación conceptual entre Derecho y moral; y la discrecionalidad judicial. Como se sabe, esta teoría fue objeto de crítica por parte de R. Dworkin, pero creo que es posible concluir que la teoría de Hart se mostró resistente; aunque, por otro lado, debo reconocer que esta crítica tuvo tal importancia que, a partir de ella, algunos autores positivistas se escindieron en dos versiones: el positivismo jurídico incluyente y el positivismo jurídico excluyente. Sin embargo, creo que las variedades del positivismo jurídico que, en versión incluyente, se formularon después de Hart mantienen un planteamiento

¹ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho* (1961), trad. de G.R. Carrió, Abeledo-Perrot, 2ª ed., Buenos Aires, 2007, p. 1.

² Sobre el contenido de la Teoría del Derecho, véanse C.S. NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica: Con referencia particular a la dogmática penal*, Coyoacán, México, 2011, p. 23; y J. RAZ, “¿Puede haber una Teoría del Derecho?” (2005), trad. de R. Sánchez Brigido, en VV.AA., *Una discusión sobre la Teoría del Derecho*, edición de H. Bouvier et al, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 47-86. Sobre las críticas formuladas a esta última obra, véanse R. ALEXYY, “Acerca de dos yuxtaposiciones: Concepto y naturaleza, Derecho y Filosofía. Algunos comentarios sobre <¿Puede haber una Teoría del Derecho?> de Joseph Raz” (2006), trad. de P. Gaido, en VV.AA., *Una discusión sobre la Teoría del Derecho*, obra citada, pp. 87-98; y E. BULYGIN, “Raz y la Teoría del Derecho. Comentarios sobre <¿Puede haber una Teoría del Derecho?> de Joseph Raz” (2006), trad. de H. Bouvier, en VV.AA., *Una discusión sobre la Teoría del Derecho*, obra citada, pp. 99-110. Y sobre la réplica a estas críticas, véase J. RAZ, “Teoría y conceptos. Réplica a Alexy y Bulygin” (2006), trad. de R. Sánchez Brigido, en VV.AA., *Una discusión sobre la Teoría del Derecho*, obra citada, pp. 111-120.

³ H. KELSEN, “¿Qué es el positivismo jurídico?” (1965), trad. de M. de la Cueva, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, núm. 61, 1966, pp. 131-143, en especial p. 143.

que no es admisible. Las variedades que, en versión incluyente, formulan Coleman⁴, Waluchow⁵ y Peces-Barba⁶ postulan la incorporación en el Derecho de principios de moral ideal. Este planteamiento es criticable, pues un teórico del Derecho no puede admitir este tipo de argumentos, porque no es posible demostrar su existencia (o fuerza obligatoria). Además, como señaló Hart, en todo caso, cuando un juez pretendiera usar argumentos de moral ideal no estaría haciendo más que expresar sus propias preferencias. Por otro lado, las variedades de Waluchow y Peces-Barba al afirmar una conexión necesaria entre Derecho y moral ideal, son criticables pues este postulado los aleja del positivismo jurídico para lindar la frontera del iusnaturalismo (o de Dworkin). Por último, la variedad del positivismo jurídico propuesta por Ferrajoli no es una mejor teoría del Derecho porque, por una parte, se trata de una teoría (penal) particular y normativa y, por otra, la disociación entre vigencia y validez o el papel crítico que asigna al juez y a la Ciencia Jurídica, a mi forma de ver las cosas, no representan planteamientos admisibles.

En reacción al incorporacionismo se elaboró una teoría del Derecho que afirma que en la identificación de la existencia y contenido del Derecho no intervienen argumentos morales. Como todo positivismo jurídico, aquella teoría no es unitaria, sino que presenta variedades. Una de ellas es la propuesta por Campbell⁷. Creo que una teoría que pretenda responder adecuadamente ¿qué es Derecho? es una que sea descriptiva, esto es, neutral moral y políticamente. El teórico del Derecho debe explicar qué *es* el Derecho y no cómo el Derecho *deba ser*. Explicar, pues, la realidad del Derecho sin pretender justificarla ni modificarla. Así, en mi opinión, el positivismo ético de Campbell debe ser rechazado precisamente por tratarse de una teoría normativa; es más, podría argumentar que linda la frontera de una ideología. De este modo, si bien es cierto que debe rechazarse la variedad del positivismo jurídico que, en versión excluyente, sostiene Campbell; no lo es menos que si la propuesta de Raz⁸ excluye a la moral ideal, admitiendo, pues, a la moral social, su variedad del positivismo jurídico no es más que el positivismo jurídico hartiano. Y qué duda cabe de que entre las variedades del

⁴ En este sentido, véanse J.L. COLEMAN, "Beyond Inclusive Legal Positivism", *Ratio Juris*, núm. 3, 2009, pp. 359-394; e *Id.*, "Negative and positive positivism", *The Journal of Legal Studies*, núm. 139, 1982, pp. 139-164.

⁵ Al respecto, véase W.J. WALUCHOW, *Positivismo jurídico incluyente* (1994), trad. de M.S. Gil y R. Tesone, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.

⁶ En este sentido, véanse G. PECES-BARBA, "Desacuerdos y acuerdos con una obra importante" (1995), "Epílogo", a G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia* (1992), trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, pp. 157-173; e *Id.*, *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2010.

⁷ Al respecto, véanse T.D. CAMPBELL, "El sentido del positivismo jurídico" (1998), trad. de A. Ródenas, *Doxa*, núm. 25, 2002, pp. 303-331; e *Id.*, "El sentido del positivismo jurídico (II): El positivismo jurídico prescriptivo como un derecho humano", trad. de J.A. Pérez Lledó, *Doxa*, núm. 27, 2004, pp. 27-44.

⁸ En este sentido, véase J. RAZ, *La autoridad del Derecho: Ensayos sobre Derecho y moral* (1979), trad. de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 1985.

positivismo jurídico este es el que mejor responde a la pregunta ¿qué es Derecho? Lo interesante ahora es preguntarnos si frente a teorías no positivistas, la de Hart es la que mejor responde a esta pregunta. El objeto de la Teoría del Derecho, según se ha insistido, es responder a la pregunta ¿qué es Derecho? ⁹. Ya se ha adelantado que parto del presupuesto de que el positivismo jurídico hartiano ofrece la mejor respuesta en sede positivista. En este trabajo parto de la hipótesis de que, además, ofrece la explicación más adecuada para el Derecho del Estado constitucional, que si bien no es el único modelo sí es en la actualidad el derrotero de las discusiones en Filosofía del Derecho. Lo cierto es que, por otra parte, la problemática a partir de la cual se plantea aquella idea obedece a que es corriente la afirmación según la cual el positivismo jurídico, en general, es incapaz de explicar el Derecho del Estado constitucional ¹⁰. Sin embargo, lo primero que conviene advertir es que la expresión “Estado constitucional” no es pacífica. Algunos autores ¹¹ la identifican con el Estado de Derecho; otros ¹², en cambio, los

⁹ En 1950, a partir de la distinción entre filosofía y ciencia, N. BOBBIO, “Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho” (1950), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho* (1979), traducción y edición de A. Ruiz Miguel, Debate, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 73-90, en especial p. 77, afirmó que la Teoría General del Derecho es una ciencia formal que no forma parte de la Filosofía del Derecho. Por una parte, se trata de una ciencia formal porque es “un estudio de los elementos formales del Derecho o de la norma jurídica y de sus atributos independientemente de los contenidos, de los supuestos de hecho o de los comportamientos regulados” (p. 79); y por otra, dicha ciencia formal no forma parte de la Filosofía del Derecho pues “sus conceptos no son ni *a priori* ni universales. Lo que quiere decir que, para quienes distinguen filosofía y ciencia en base a los atributos de la aprioridad y la universalidad, la teoría general no es filosofía” (p. 87). No es filosofía porque, en última instancia, en este escrito Bobbio identifica a la Filosofía del Derecho con la teoría de la justicia, es decir, “la teoría de ese especial valor que domina la experiencia jurídica y en base al cual el Derecho empírico, histórico o positivo –que en su aspecto formal es objeto de la teoría general del Derecho y en su aspecto material de las ciencias jurídicas particulares- viene valorado y también, si es preciso, transformado” (p. 88). Pero doce años después, el autor cambió de opinión sobre si aquella ciencia formal formaba parte de la Filosofía del Derecho. En efecto, en 1962, N. BOBBIO, “Naturaleza y función de la Filosofía del Derecho” (1962), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho*, obra citada, pp. 91-101, en especial p. 97, sostuvo que la Teoría General del Derecho sí formaba parte de la Filosofía del Derecho: “[l]a filosofía del Derecho que he cultivado [señala Bobbio] y a la que he dedicado preferiblemente mis cursos universitarios, se compone de tres partes que llamo respectivamente: a) Teoría del Derecho; b) Teoría de la justicia; c) Teoría de la ciencia jurídica”. Sea como fuere, e independientemente de este cambio de opinión sobre si la Teoría del Derecho forma o no parte de la Filosofía del Derecho, lo cierto es que estoy de acuerdo con Bobbio cuando en el último escrito citado consideró “como problema fundamental de la teoría del Derecho el de determinar el concepto del Derecho” (p. 98) o bien, cuando el propio N. BOBBIO, “La teoría pura del Derecho y sus críticos” (1954), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho*, obra citada, pp. 117-139, en especial p. 132, señaló que la pregunta a la que responde la Teoría del Derecho es, precisamente, “¿qué es el Derecho?”.

¹⁰ En este sentido, véanse R. de ASÍS, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 89; y L. PRIETO, *Constitucionalismo y Positivismo* (1997), Fontamara, 2ª ed., México, 1999, p. 16.

¹¹ Al respecto, véanse E. DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática* (1966), Taurus, 9ª ed., Madrid, 2010, pp. 15 y 16; J. DORADO, *Las teorías del Fundamental Law en Inglaterra: Orígenes doctrinales del constitucionalismo*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2000, p. 19, nota 28; G. PECES-BARBA, “Sobre el positivismo jurídico”, “Prólogo”, a J. SANTAMARÍA, *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: libertad, igualdad y pluralismo político*, Dykinson, Madrid, 1997, en G. PECES-BARBA, *Derechos sociales y positivismo jurídico: (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 83-90, en especial p. 86; y L. PRIETO, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 32.

¹² En este sentido, véanse M.C. BARRANCO, “Los contenidos materiales de las Constituciones y la posibilidad de un constitucionalismo positivista”, en VV.AA., *El positivismo jurídico a examen: Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, edición de J.A. Ramos Pascua y M.A. Rodilla González, Aquilafuente, Salamanca, 2006, pp. 339-354, en especial p. 351; L. FERRAJOLI, “Sobre los derechos fundamentales”, trad. de M. Carbonell, en VV.AA.,

distinguen; e, incluso, hay quien ¹³ sostiene que el Estado constitucional representa una evolución o perfeccionamiento respecto del Estado de Derecho. No es mi propósito participar en este debate ni contribuir a la extensa literatura sobre el Estado de Derecho ¹⁴. Es suficiente en cambio, mostrar los rasgos a partir de los cuales han sido formulados argumentos para sostener la imposibilidad del positivismo jurídico, en general, para explicar el Derecho del Estado constitucional. Pero ¿a partir de qué momento histórico es posible hablar de Estado constitucional y de su Derecho?

J. Dorado reseña que la idea según la cual el Estado constitucional surgió con las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII es incorrecta, por lo menos para el caso europeo. En Europa, se dice, no es posible hablar de ciertas características que identifiquen al Estado constitucional sino hasta entrado el siglo XX. “La justificación fundamental de esta última afirmación [señala Dorado] es que el constitucionalismo actual se centra sobre la idea de una constitución que tiene su origen en el consentimiento del pueblo soberano y que, además, se configura como norma suprema del Ordenamiento que limita a todos los poderes del Estado, incluido el legislativo, de tal forma que las leyes aprobadas por éste y que vulneren los contenidos constitucionales – incluidos evidentemente los derechos- pueden ser declaradas inválidas (inconstitucionales) por el tribunal que tenga la competencia para ello” ¹⁵. En definitiva, pues, el punto de partida es tener claro que, en Europa, a partir de la segunda mitad del siglo XX y, en concreto, al final de la Segunda Guerra Mundial se desarrolló un tipo de organización política a la que comúnmente se ha denominado “Estado constitucional”; cuyo Derecho, se dice, presentó ciertos rasgos que lo identifican y que, hoy en día, siguen presentes en la mayor parte de los sistemas jurídicos.

Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos, edición de M. Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Trotta, Madrid, 2007, pp. 71-89, en especial p. 71; S. SASTRE, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo* (1998), McGraw Hill, Madrid, 1999, p. 131; y G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil...*, obra citada, pp. 21, 22 y 33.

¹³ Al respecto, véanse F.J. ANSUÁTEGUI, “Estado de Derecho, crisis de la ley y Estado constitucional”, en VV.AA., *Estado constitucional y derechos fundamentales*, coordinación de J. Mijangos y González y R. Ugalde Ramírez, Porrúa, México, 2010, pp. 1-21, en especial pp. 1, 12 y 13; e *Id.*, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho: Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 223, 224, 262, 263 y 264.

¹⁴ Sobre el Estado de Derecho, véanse E. DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, obra citada, p. 46; E. FERNÁNDEZ, *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho: La racionalidad política*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 29; M. GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo* (1977), Alianza, 2ª ed., 1ª reimp., Madrid, 1987, p. 52; F.A. HAYEK, *Camino de servidumbre* (1944), trad. de J. Vergara, Alianza, 3ª reimp., Madrid, 2005, p. 105; H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho* (1960), trad. de R.J. Vernengo, Porrúa, 15ª ed., México, 2007, p. 315; P. LUCAS VERDÚ, *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, p. 18; A.E. PÉREZ, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* (1984), Tecnos, 9ª ed., Madrid, 2005, pp. 228 y 229; J. RAZ, *La autoridad del Derecho...*, obra citada, pp. 263-275; *Id.*, “La política en el Estado de derecho” (1990), en *Id.*, *La ética en el ámbito público* (1994), trad. de M.L. Melon, Gedisa, Barcelona, 2001, pp. 395-404, en especial pp. 395 y 403; y G. TARELLO, *Cultura jurídica y política del Derecho* (1988), trad. de I. Rosas, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 149.

¹⁵ J. DORADO, *Las teorías del Fundamental Law en Inglaterra...*, obra citada, p. 15.

Pero, como advierte F.J. Ansuátegui: “[e]s claro que el Derecho de los sistemas constitucionales y democráticos contemporáneos no es el único modelo posible, ni desde una perspectiva diacrónica ni tampoco sincrónica. Pero [...] gran parte de las cuestiones que centran el debate iusfilosófico de nuestra época se encuentran vinculadas a dimensiones de la vertiente jurídica del Estado constitucional”¹⁶. Es esta última idea la razón por la cual creo que si el positivismo jurídico hartiano es capaz de explicar el Derecho del Estado constitucional, estaría justificado afirmar que se trata de la mejor teoría del Derecho. Sea como fuere, lo cierto es que en la actualidad no todo Estado es un Estado constitucional mención aparte merecería, por ejemplo, el Reino Unido. Incluso es posible hablar de Estados que no son de Derecho. No pretendo, pues, afirmar que estos Estados no tienen Derecho o bien, que no requieren de una teoría que lo explique. Simplemente, mi propósito es centrar la investigación en aquellos Estados pertenecientes a la cultura jurídica continental europea occidental posterior a la Segunda Guerra Mundial.

Si esto es así, lo primero que conviene advertir es que a la explicación del Derecho de estos Estados se ha dedicado un movimiento intelectual conocido como “neoconstitucionalismo”. Pero este último término no es pacífico. La problemática obedece a que, como señala M.A. Ahumada, por una parte, neoconstitucionalismo es, según el caso, “el nombre que recibe una corriente de pensamiento iusfilosófico, un enfoque (*approach*) jurídico, una nueva cultura jurídica o un nuevo paradigma jurídico, un modelo de Estado, una forma de constitucionalismo, significados que no son necesariamente concurrentes”¹⁷ concluye esta autora; y por otra, a que la identificación de esta doctrina responde más a sus críticos que a los autores a quienes se ha considerado como sus representantes, pues estos últimos “ni se presentan ni se reconocen a sí mismos en tal condición”¹⁸. Sin embargo, creo que en línea de principio es posible afirmar que neoconstitucionalismo es una reflexión teórica que se desarrolló a manera de explicación de los rasgos que identifican el Derecho del Estado constitucional¹⁹. P. Comanducci estaría de acuerdo con este aserto, pues reconoce que se han suscitado dos importantes cambios en el ámbito jurídico: uno estructural que denomina la “constitucionalización” del Derecho, y otro doctrinal que no sería más que la afirmación del neoconstitucionalismo²⁰, que a su forma de

¹⁶ F.J. ANSUÁTEGUI, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho...*, obra citada, p. 13.

¹⁷ M.A. AHUMADA, “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo: (A propósito de <Constitucionalización y Neoconstitucionalismo> de Paolo Comanducci)”, en VV.AA., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 123-159, en especial p. 131.

¹⁸ Ídem., p. 133.

¹⁹ En este sentido, véase F.J. ANSUÁTEGUI, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho...*, obra citada, p. 224.

²⁰ P. COMANDUCCI, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en VV.AA., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, obra citada, pp. 85-121, en especial p. 85.

ver las cosas es “una etiqueta que, a finales de los años noventa del siglo pasado, unos integrantes de la escuela genovesa de teoría del derecho (Susanna Pozzolo, Mauro Barberis [y el propio Comanducci]) comenzaron a utilizar para clasificar y criticar algunas tendencias post-positivistas de la filosofía jurídica contemporánea, que, presentan rasgos comunes, pero también diferencias entre sí. La etiqueta ha tenido mucho éxito, pero sobre todo se han multiplicado, en Europa (particularmente en España e Italia) y Latinoamérica ([...] en Argentina y México) los estudios de esas tendencias y su comparación con el positivismo jurídico”²¹. De este modo, el neoconstitucionalismo se presenta también como una crítica al positivismo jurídico, en general, tendente a demostrar que este planteamiento es incapaz de explicar el Derecho del Estado constitucional. Ahumada comparte esta idea, cuando afirma que neoconstitucionalismo es “un término acuñado para introducir y plantear en el terreno de la filosofía jurídica una discusión a propósito de los desafíos que diversos aspectos del funcionamiento de los sistemas constitucionales actuales lanzan a la teoría del derecho “tradicional””²², que no es otra que el positivismo jurídico, en general. Pero además, esta teoría ha sido calificada incluso como un “obstáculo” para la explicación del Derecho del Estado constitucional. Esta es la tesis de M. Atienza y J. Ruiz Manero, quienes admiten que si bien es cierto que el núcleo del positivismo jurídico está conformado por las tesis de las fuentes sociales y de la separación conceptual entre Derecho y moral, y que ninguna de estas tesis es falsa, constituyendo así una especie de acuerdo entre los autores; no lo es menos que, en su opinión: “[l]a debilidad del positivismo jurídico estriba en que, así entendido, la teoría resulta, por un lado, irrelevante y, por otro lado, en que si se le añaden rasgos que, aun no siendo quizás definitorios sí han estado presentes en las principales manifestaciones del positivismo del siglo XX, el positivismo resulta ser un obstáculo que impide el desarrollo de una teoría y una dogmática del Derecho adecuadas a las condiciones del Estado constitucional”²³. Sea como fuere, lo cierto es que el neoconstitucionalismo afirma la imposibilidad del positivismo jurídico, en general, para explicar el Derecho de los Estados pertenecientes a la cultura jurídica continental europea occidental posterior a la Segunda Guerra Mundial. De hecho, es posible sistematizar esta afirmación en tres argumentos que, a la sazón, será la manera en que se articulará la presente investigación. El primer argumento es que la incorporación en la

²¹ Ídem., p. 87, nota 2.

²² M.A. AHUMADA, “Neoconstitucionalismo y constitucionalismo: (A propósito de <Constitucionalización y Neoconstitucionalismo> de Paolo Comanducci)”, en VV.AA., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, obra citada, p. 134.

²³ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Dejemos atrás el positivismo jurídico” (2006), en *Id.*, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2009, pp. 127-155, en especial p. 145.

Constitución de contenidos materiales vulnera la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral (capítulo I); el segundo es que a partir de la premisa de que estos contenidos funcionan como criterios de validez, el Derecho del Estado constitucional es un sistema normativo mixto (capítulo II); y el tercer argumento es que el positivismo jurídico, en general, es incapaz de explicar el papel del juez en el Derecho del Estado constitucional (capítulos III y IV). Recuérdese que la finalidad es justificar que el positivismo jurídico hartiano ofrece la mejor respuesta a la pregunta ¿qué es Derecho? respecto del Estado constitucional. Por ello, convendrá advertir, primero, si el positivismo jurídico hartiano se muestra o no resistente frente a estos argumentos y, en segundo lugar, si se ha ofrecido o no una mejor explicación respecto de los rasgos del Derecho del Estado constitucional a partir de los cuales se formularon aquellos argumentos; pero quizás convenga también detenernos a examinar si aquellos son o no rasgos que identifican el Derecho del Estado constitucional; dicho de otra forma, si representan una novedad respecto de los sistemas jurídicos anteriores a la segunda mitad del siglo XX.

CAPÍTULO I

El texto constitucional:

sobre la incorporación en la Constitución de contenidos materiales

Como se ha señalado en la introducción, el neoconstitucionalismo afirma la imposibilidad del positivismo jurídico, en general, para explicar el Derecho del Estado constitucional. En línea de principio, esta imposibilidad obedece, se ha dicho, a que una de sus implicaciones es la conexión entre el Derecho y la moral ¹; representada por la incorporación en la Constitución de contenidos materiales, entre ellos, derechos fundamentales ². Este primer argumento es sostenido por lo que, en la terminología de Comanducci corresponde al “neoconstitucionalismo metodológico” ³, y viene a decir en palabras de Ansuátegui que “el Derecho del constitucionalismo incluye necesariamente un conjunto de derechos, valores y principios morales, y por tanto, justifica la afirmación de una conexión necesaria entre el Derecho y la moral. Estamos ante una crítica que quiere estar dirigida a la línea de flotación del positivismo jurídico, desde el momento en que pretende descalificar la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral” ⁴. Si esto es así, el objeto de este capítulo es determinar si el positivismo jurídico hartiano se muestra o no resistente frente a este primer argumento y, en su caso, señalar si se ha ofrecido o no una mejor explicación de este aparente rasgo del Derecho del Estado constitucional. Sin embargo, lo primero que conviene precisar es de qué estamos hablando cuando empleamos el término “Constitución” en el contexto del Derecho del Estado constitucional. A ello se dedicará el primer apartado de este capítulo.

¹ Sobre esta conexión, véanse R. de ASÍS, “Prólogo”, a J. DORADO, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico: una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 11-16, en especial p. 12; y E. BULYGIN, “Prólogo”, a C. ORUNESU, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012, pp. 11-14, en especial p. 13.

² Al respecto, véanse M.C. BARRANCO, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales* (1999), Dykinson, Madrid, 2004, p. 399; *Id.*, “Los contenidos materiales de las Constituciones y la posibilidad de un constitucionalismo positivista”, en VV.AA., *El positivismo jurídico a examen: Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, edición de J.A. Ramos Pascua y M.A. Rodilla González, Aquilafuente, Salamanca, 2006, pp. 339-354, p. 343; L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías: La ley del más débil* (1999), trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, 7ª ed., Madrid, 2010, p. 45; G. PECES-BARBA, “Sobre el positivismo jurídico”, “Prólogo”, a J. SANTAMARÍA, *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: libertad, igualdad y pluralismo político*, Dykinson, Madrid, 1997, en G. PECES-BARBA, *Derechos sociales y positivismo jurídico: (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 83-90, p. 84; y A.E. PÉREZ, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* (1984), Tecnos, 9ª ed., Madrid, 2005, p. 17.

³ P. COMANDUCCI, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en VV.AA., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 85-121, p. 98.

⁴ F.J. ANSUÁTEGUI, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho: Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 215.

1. La Constitución como norma jurídica suprema y rígida

La Constitución no es una idea propia de la modernidad ni un término preciso ⁵. Pero quizás, un buen punto de partida sea reconocer que si bien es cierto que las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII establecieron dos tipos de Constitución (norma fundamental de garantía y norma directiva fundamental) no lo es menos que estos tipos de normas desaparecieron en Europa durante el siglo XIX; resurgiendo a mediados del XX y, en concreto, al final de la Segunda Guerra Mundial ⁶. Es este, como se señaló, el momento histórico a partir del cual es posible hablar en Europa de Estado constitucional y de su Derecho. Esto es así, pues se ha sostenido que antes de esta época no es posible encontrar las características que los identifican. Una de ellas según se ha argumentado, es la presencia de una Constitución escrita cuyo origen se entiende ubicado en el consentimiento por parte del pueblo soberano. Además, se trata de una Constitución que establece mecanismos de control del poder político, tales como la división de poderes y la revocabilidad ordinaria del poder a través de elecciones. Pero como advierte Dorado, “otro componente básico, sin duda el más importante, de esos controles que la constitución establece al poder político –incluido el legislativo– es la limitación del poder, concretada en el reconocimiento de un catálogo de derechos que operan como límites al mismo [...] Esto, por otro lado, no sólo es aplicable a los derechos sino también al resto de los preceptos constitucionales, inmodificables por el legislador ordinario allí donde se esté ante constituciones rígidas, que son el paradigma del constitucionalismo moderno” ⁷. A la rigidez constitucional me referiré más adelante, aquí lo que interesa dejar en claro es que la presencia de una Constitución de este tipo contiene mecanismos de control del poder político, legislador incluido ⁸; pero además, conviene advertir que la Constitución se presenta como una auténtica norma jurídica ⁹ ubicada en la

⁵ Al respecto de la idea de Constitución antes de la época moderna, véanse M. ARAGÓN, “La Constitución como paradigma”, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, edición de M. Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Trotta, Madrid, 2007, pp. 29-40, en especial p. 29; y C.H. McILWAIN, *Constitucionalismo antiguo y moderno* (1938-39), trad. de J.J. Solozábal Echavarría, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 39-43. Y sobre las variedades de usos del término Constitución, véase R. GUASTINI, “Sobre el concepto de Constitución”, trad. de M. Carbonell, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo...*, obra citada, pp. 15-27, en especial pp. 15 y 16.

⁶ En este sentido, véase M. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las constituciones* (1996), trad. de M. Martínez Neira, Trotta, 2ª ed., Madrid, 1998, pp. 97, 100, 101 y 128.

⁷ J. DORADO, *Las teorías del Fundamental Law en Inglaterra: Orígenes doctrinales del constitucionalismo*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2000, pp. 13 y 14.

⁸ Al respecto, véase L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías...*, obra citada, p. 67.

⁹ En este sentido, véase M. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales...*, obra citada, p. 128.

cúspide del sistema ¹⁰; situada, pues, por encima de la ley como fuente del Derecho ¹¹. Se trata, sin duda, de la idea de supremacía constitucional, desconocida hasta entonces en Europa ¹². Esta supremacía constitucional se explica a partir de la concurrencia de varios factores. Entre estos, destacan el hecho de que la Constitución contiene los criterios de validez y la existencia del control de constitucionalidad. A ellos me referiré en los siguientes capítulos. Aquí es suficiente enunciar otros dos factores. El primero es el tránsito ¹³ de la concepción de la Constitución como norma programática ¹⁴ a la idea de que se trata, según se dijo, de una auténtica norma jurídica, esto es, “directamente aplicable y vinculante respecto a todos (poderes e individuos)” ¹⁵. En palabras de L. Prieto, este rasgo es de tal importancia que, incluso, “para que un Estado merezca el calificativo de constitucional es preciso que cuente con una auténtica Constitución normativa, esto es, con un documento jurídico capaz de regular y dominar el proceso político real” ¹⁶. Ansuátegui comparte esta idea, y relacionado con lo ya dicho al respecto de los mecanismos de control del poder político, explica que “la constitución del constitucionalismo expande su presencia por todo el Ordenamiento jurídico, mostrando su influencia en ámbitos cuya regulación correspondía antes a otras instancias, y condicionando de manera directa la actuación de determinados operadores jurídicos. Este condicionamiento es evidente en el caso del legislador” ¹⁷. En fin, estas últimas ideas nos

¹⁰ Al respecto, véase J. DORADO, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico...*, obra citada, p. 42.

¹¹ En este sentido, véase M.C. BARRANCO, “Los contenidos materiales de las Constituciones y la posibilidad de un constitucionalismo positivista”, en VV.AA., *El positivismo jurídico a examen...*, obra citada, p. 340.

¹² Presente en Estados Unidos desde finales del siglo XVIII y principios del XIX. Al respecto, véase L.L. HIERRO, *Estado de Derecho: Problemas actuales* (1998), Fontamara, 2ª ed., México, 2001, p. 34.

¹³ Sobre este tránsito, véase E. DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática* (1966), Taurus, 9ª ed., Madrid, 2010, p. 15.

¹⁴ B. DIETRICH, “Función de las instituciones judiciales”, en W. ABENDROTH y K. LENK, *Introducción a la ciencia política* (1968), trad. de M. Faber-Kaiser, Anagrama, Barcelona, 1971, pp. 227-245, en especial p. 234, explica que “existía la tendencia de dar a tales leyes constitucionales el valor de meros puntos programáticos indiferentes para la praxis, que precisaban en todo momento de una precisión del legislador para poder conseguir una vigencia actual”.

¹⁵ F.J. ANSUÁTEGUI, “Estado de Derecho, crisis de la ley y Estado constitucional”, en VV.AA., *Estado constitucional y derechos fundamentales*, coordinación de J. Mijangos y González y R. Ugalde Ramírez, Porrúa, México, 2010, pp. 1-21, p. 11. El tránsito de la concepción de la Constitución como norma programática a la idea de que se trata de una auténtica norma jurídica ha sido puesto de manifiesto por los tribunales constitucionales europeos. Por ejemplo, en España, el Tribunal Constitucional en la STC 21/1981, de 15 de junio, afirmó en el FJ 17 que “los preceptos constitucionales [...] vinculan a todos los poderes públicos [...] y que son origen inmediato de derechos y de obligaciones y no meros principios programáticos”. Sobre la idea de que se trata de una auténtica norma jurídica “suprema”, véanse las SSTC 32/1981, de 28 de julio, en la que el Tribunal Constitucional, en el FJ 5º, señala que “la Constitución es la norma suprema del Estado como totalidad y que, en consecuencia, sus principios obligan por igual a todas las organizaciones que forman parte de esa totalidad”; y 76/1988, de 26 de abril, en la que el propio Tribunal, en el FJ 3º, se refiere a: “[e]l carácter de norma suprema de la Constitución, a la que están sujetos todos los poderes del Estado (art. 9) y que resulta del ejercicio del poder constitucional del pueblo español, titular de la soberanía nacional, y del que emanan todos los poderes del Estado (art. 1.2 C.E.)”.

¹⁶ L. PRIETO, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 32.

¹⁷ F.J. ANSUÁTEGUI, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho...*, obra citada, pp. 233 y 234.

permiten concluir, junto con Comanducci, que se trata de una “Constitución invasiva”, esto es, aquella “que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos”¹⁸. Según se dijo, la supremacía constitucional se explica también a partir de otro factor mencionado, la rigidez constitucional.

R. Guastini explica que la Constitución puede o no gozar de un régimen jurídico especial. En todo caso, “las constituciones que no pueden ser abrogadas, derogadas o modificadas por las leyes, en las que el procedimiento de reforma constitucional es diverso del (más complejo que el) procedimiento legislativo ordinario [...] se llaman *rígidas*”¹⁹. En relación con la posibilidad de que la Constitución tenga o no este régimen jurídico del que habla Guastini, H. Kelsen advierte que si consideramos a la Constitución como la base del sistema jurídico, parece entonces deseable otorgarle un carácter fijo distinto al que tienen las leyes ordinarias: “[d]e aquí que el cambio de la constitución se haga más difícil que la promulgación o la reforma de esas leyes. Una constitución de este tipo es llamada rígida, estacionaria o no elástica, en oposición a las flexibles, modificables o elásticas, que pueden ser alteradas en la misma forma que las leyes ordinarias”²⁰. Así, pues, es posible afirmar que uno de los rasgos que identifican el Derecho del Estado constitucional es la presencia de una Constitución de este tipo, incluso Jiménez sostiene que se trata de una de las notas más sobresalientes²¹ y Atienza, por su parte, considera que la rigidez es un “aspecto estructural del concepto de constitución”²². Lo importante es tener claro que cuando empleamos el término “Constitución” en el contexto del Derecho del Estado constitucional, estamos hablando de Constituciones rígidas. Aquellas que para su modificación requieren de un procedimiento distinto al de la ley²³. Se trata de un procedimiento distinto porque, en palabras de Kelsen, importa condiciones más severas, “sea que se requiera, no una mayoría simple, sino una mayoría calificada en el órgano legislativo colectivo, sea que se requieran varias decisiones y

¹⁸ P. COMANDUCCI, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en VV.AA., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, obra citada, p. 86.

¹⁹ R. GUASTINI, “Sobre el concepto de Constitución”, trad. de M. Carbonell, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo...*, obra citada, p. 21.

²⁰ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado* (1949), trad. de E. García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., 3ª reimp., México, 1983, p. 307.

²¹ R.M. JIMÉNEZ, *Una metateoría del positivismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 93.

²² M. ATIENZA, “Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico” (2008), en M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2009, pp. 157-181, en especial p. 161. Este texto se publicó originalmente en M. ATIENZA, “Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico”, en VV.AA., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, edición de G. Pisarello y R. García Manrique, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, pp. 133-165.

²³ En este sentido, véanse M. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales...*, obra citada, p. 127; y A. PÉREZ, *El Estado constitucional español*, Reus, Madrid, 2009, pp. 87 y 88.

no una única”²⁴. Por ello, Ansuátegui sostiene que la rigidez de la Constitución es una cuestión de grado, ya que “depende de factores jurídico-formales, como el número de instituciones políticas cuyo consentimiento debe producirse y concurrir para proceder a la reforma constitucional, el tipo de mayorías exigidas para la reforma, y la necesidad de intervención o no por parte del pueblo”²⁵. En fin, visto de otra forma, son rígidas aquellas Constituciones que la ley no puede modificar²⁶. L. Ferrajoli admite esta idea, pero señala también que la rigidez de la Constitución obedece a la existencia del control de constitucionalidad²⁷. La rigidez es uno de los factores que explica la posición suprema que la Constitución ocupa en el sistema jurídico. En suma, se dice que el Derecho del Estado constitucional se caracteriza por la presencia de una Constitución que es entendida como norma jurídica suprema y rígida. Es momento de ocuparnos del primer argumento que ha sido esgrimido para sostener la imposibilidad del positivismo jurídico, en general, para explicar el Derecho del Estado constitucional. Me refiero a la negación de la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral que se justifica en la incorporación en la Constitución de contenidos materiales. A ello me referiré en el siguiente apartado.

2. Primer argumento: la vulneración de la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral con motivo de la incorporación en la Constitución de contenidos materiales

Este argumento, según se dijo, afirma que la incorporación en la Constitución de contenidos materiales supone una conexión entre el Derecho y la moral, vulnerando la tesis de la separación conceptual característica del positivismo jurídico, en general²⁸. En mi opinión, por una parte, este argumento no es acertado y, por otra, es posible sostener que el positivismo

²⁴ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho* (1960), trad. de R.J. Vernengo, Porrúa, 15ª ed., México, 2007, p. 154.

²⁵ F.J. ANSUÁTEGUI, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho...*, obra citada, p. 283.

²⁶ Al respecto, véanse A.E. PÉREZ, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, obra citada, p. 100; y G. TARELLO, *Cultura jurídica y política del Derecho* (1988), trad. de I. Rosas, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 211.

²⁷ En este sentido, véanse L. FERRAJOLI, *Cultura jurídica y paradigma constitucional: La experiencia italiana del siglo XX*, trad. de A. de Cabo, Palestra, Lima, 2010, p. 60; *Id.*, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal* (1989), trad. de P. Andrés Ibáñez *et al*, Trotta, 9ª ed., Madrid, 2009, p. 695; e *Id.*, “Sobre los derechos fundamentales”, trad. de M. Carbonell, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo...*, obra citada, pp. 71-89, en especial p. 71.

²⁸ Al respecto, véanse R. de ASÍS, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 129; A.E. PÉREZ, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, obra citada, pp. 138 y 291; y S. SASTRE, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo* (1998), McGraw Hill, Madrid, 1999, p. 233.

jurídico hartiano explica de forma adecuada la incorporación en la Constitución de contenidos materiales. Para justificar estas afirmaciones, lo primero que debo mostrar es en qué consiste esta incorporación. Existe cierto consenso entre los autores ²⁹, así como en la práctica jurisprudencial ³⁰, sobre la idea de que uno de los rasgos del Derecho del Estado constitucional es, en efecto, la incorporación en la Constitución de contenidos materiales. Estos contenidos materiales son valores, principios y derechos fundamentales ³¹ que, en su conjunto, “son expresión de una determinada visión sobre la justicia” ³². Por ello, autores como G. Peces-Barba no dudan en calificar a estos contenidos como la justicia o moral del Derecho. Recuérdesse, por una parte, que el positivismo corregido postulado por este autor tiene como punto de partida la distinción entre ética pública de la modernidad y ética privada y, por otra, que esta ética pública no es más que aquellos valores, principios y derechos fundamentales ³³, que por estar incorporados casi exclusivamente en la Constitución no parece desacertado dar a este tipo de Estado el nombre de “constitucional”. Independientemente de la crítica que esta postura pudiera suscitar, lo que aquí interesa destacar es cómo los valores, principios y derechos fundamentales han sido entendidos como contenidos morales. En el caso de los valores, esta idea ha sido puesta de manifiesto por A. Llamas, quien propone un modelo de relación entre los valores y el Derecho, que supone, en primer término, un reencuentro entre moral y Derecho. Reencuentro que excluye, por una parte, que uno sea superior al otro y, por otra, que la validez se identifique con la justicia. Y en segundo lugar, este modelo supone la articulación entre moral, Derecho y Poder, reconociendo a este último

²⁹ En este sentido, véanse M.C. BARRANCO, “Los contenidos materiales de las Constituciones y la posibilidad de un constitucionalismo positivista”, en VV.AA., *El positivismo jurídico a examen...*, obra citada, p. 340; *Id.*, *Teoría del Derecho y derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2009, p. 20; A.E. PÉREZ, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, obra citada, p. 125; L. PRIETO, *Constitucionalismo y Positivismo* (1997), Fontamara, 2ª ed., México, 1999, p. 16; *Id.*, “Prólogo”, a A. GARCÍA, *Principios y positivismo jurídico: El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy* (1997), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, p. 18; y G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia* (1992), trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, p. 93.

³⁰ Por ejemplo, en España, el Tribunal Constitucional en la STC 9/1981, de 31 de marzo, estableció en el FJ 3º que: “[l]a Constitución es una norma [...] pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico”.

³¹ Al respecto, véanse L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías...*, obra citada, p. 52; y L. PRIETO, “El constitucionalismo de los derechos” (2004), en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo...*, obra citada, pp. 213-235, en especial p. 213.

³² P. CUENCA, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto: La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 16.

³³ G. PECES-BARBA, “Los derechos económicos sociales y culturales: Apunte para su formación histórica y su concepto”, en *Id.*, *Derechos sociales y positivismo jurídico...*, obra citada, pp. 7-66, en especial pp. 61 y 62: “[l]os derechos, junto con los valores y los principios, forman parte del contenido de justicia de una sociedad democrática moderna y tienen como objetivo último ayudar a que todas las personas puedan alcanzar el nivel de humanización máximo posible, en cada momento histórico”.

un papel mediador. En suma, la propuesta de Llamas implica, en sus palabras, “una positivación de la moralidad en el Derecho positivo” ³⁴. Moralidad que, como norma básica material, informará a los procesos de creación, aplicación e interpretación del Derecho. En fin, Llamas propone una teoría de los valores jurídicos referida, en concreto, a la Constitución española de 1978. Conviene reiterar que, desde esta teoría, los valores se traducen en una “moralidad que se incorpora al Ordenamiento jurídico, como sistema material, con la acción medial del Estado que asume esos valores morales como valores políticos, a realizar a través del Derecho como valores jurídicos” ³⁵. Llamas destaca, como se mencionó, que el Poder tiene un papel mediador, pero no de creación de los valores; estos se originan en la moral y el Poder se limita a asumir los valores como propios y a través de los procedimientos de producción normativa, incorporarlos en el Derecho. Peces-Barba y Llamas no son los únicos autores que han destacado el contenido moral de los valores. Así por ejemplo, los valores para A.E. Pérez Luño suponen un “sistema de preferencias expresadas en el proceso constituyente como prioritarias y fundamentadoras de la convivencia colectiva. Se trata de las opciones ético-sociales básicas que deben presidir el orden político, jurídico, económico y cultural” ³⁶. Son en una palabra, según este autor, “un modo de preferencia consciente y generalizado que satisface determinadas necesidades humanas” ³⁷. Si bien es cierto que no es fácil “encontrar una descripción satisfactoria capaz de englobar los múltiples usos del término “valor”” ³⁸, no lo es menos que sí es corriente la afirmación según la cual cuando empleamos este término estamos hablando de moral. Pero en última instancia, y esta es la idea que me interesa destacar, concuerdo con M.C. Barranco cuando sostiene que los valores no son más que “normas jurídicas” ³⁹. Los valores, sin embargo, no son los únicos contenidos materiales; lo son también, según se dijo, los principios.

El término “principios” no es pacífico ⁴⁰. Su empleo da lugar a múltiples significados ⁴¹; pero qué duda cabe de que, con algunas excepciones (Alexy), “suele vincularse a un contenido

³⁴ A. LLAMAS, *Los valores jurídicos como ordenamiento material* (1991), Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993, p. 161.

³⁵ Ídem., p. 164.

³⁶ A.E. PÉREZ, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, obra citada, pp. 294 y 562.

³⁷ Ídem., p. 560.

³⁸ M.C. BARRANCO, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, obra citada, p. 164.

³⁹ M.C. BARRANCO, “Los contenidos materiales de las Constituciones y la posibilidad de un constitucionalismo positivista”, en VV.AA., *El positivismo jurídico a examen...*, obra citada, pp. 343 y 344.

⁴⁰ En este sentido, véanse A.E. PÉREZ, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, obra citada, p. 295; y L. PRIETO, *Ley, principios, derechos*, obra citada, p. 2.

⁴¹ Al respecto, véanse R. de ASÍS, *Jueces y normas: La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 67; M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos* (1996), Ariel, 2ª ed., Barcelona, 2004, p. 25; M.C. BARRANCO, *La teoría jurídica de los derechos*

valorativo”⁴². Pero entonces, no está clara la diferencia entre valores y principios. Algunos autores⁴³ sostienen que obedece a su grado de concreción. Los valores no tienen establecidos los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas; en tanto que los principios comportan un grado mayor de concreción en estos aspectos. R. Alexy, por su parte, explica que la diferencia estriba en que pertenecen a ámbitos diferentes. Los principios al deontológico (deber ser); en tanto que los valores están adscritos al nivel axiológico (lo bueno)⁴⁴. Pero en todo caso, se ha dicho también, los valores informan a los principios e, incluso, a los derechos fundamentales⁴⁵. Lo cierto es que, al igual que los valores, los principios son normas jurídicas⁴⁶. Si esto es así, resta por mostrar el tercer y último elemento de los señalados como contenidos materiales. Se trata de los derechos fundamentales.

Es un lugar común en la Teoría del Derecho⁴⁷, la afirmación según la cual los derechos fundamentales tienen una doble dimensión. Los derechos fundamentales tienen una dimensión subjetiva y una dimensión objetiva⁴⁸. Desde el punto de vista de la primera, los derechos

fundamentales, obra citada, p. 141; G.R. CARRIÓ, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, pp. 33-38; y L. PRIETO, *Sobre principios y normas: Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 24.

⁴² M.C. BARRANCO, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, obra citada, p. 147.

⁴³ En este sentido, véanse A.E. PÉREZ, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, obra citada, p. 297; y L. PRIETO, *Sobre principios y normas...*, obra citada, p. 138.

⁴⁴ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. de C. Bernal Pulido, Centro de Estudios Constitucionales, 2ª ed., Madrid, 2007, pp. 119 y 125.

⁴⁵ En este sentido, véase F.J. ANSUÁTEGUI, *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 36 y 84.

⁴⁶ Al respecto, véanse R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, obra citada, pp. 64 y 65; y L. PRIETO, *Sobre principios y normas...*, obra citada, pp. 50, 63 y 64.

⁴⁷ Y en la práctica jurisprudencial. Así, por ejemplo, en España, el Tribunal Constitucional en la STC 25/1981, de 14 de julio, afirmó en el FJ 5º que: “[e]n primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)”. Sobre otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional español sobre la doble naturaleza de los derechos fundamentales, véase la STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 4º.

⁴⁸ La dimensión objetiva de los derechos fundamentales es una creación de la jurisprudencia constitucional alemana de mediados del siglo XX. Es posible distinguir dos etapas. La primera se refirió a los derechos fundamentales en lo particular. En esta etapa, el Tribunal Constitucional Federal al resolver un caso sobre tributación de los cónyuges afirmó que el artículo 6.1 de la Ley Fundamental, según el cual el matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal, no es sólo un derecho fundamental clásico, “sino que es también una norma de principios, que implica una decisión valorativa vinculante para la esfera del matrimonio y la familia en el marco del derecho público y del derecho privado”. Y la segunda etapa se refirió a los derechos fundamentales en su conjunto. En esta, el propio Tribunal al resolver el caso Lüth afirmó que: “[l]os derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho”. Las citas se toman de J. SCHWABE, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán: Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, trad. de M. Anzola Gil y E. Maus Ratz, Fundación Konrad Adenauer, México, 2009, pp. 202 y 258.

fundamentales se presentan como posiciones subjetivas ⁴⁹. En cambio en su dimensión objetiva, los derechos fundamentales son normas jurídicas. En efecto: “[s]e trata de ver que los derechos aparecen, desde el punto de vista objetivo, como Derecho” ⁵⁰. Los derechos son, pues, normas que, además, por estar incorporadas en la Constitución informan a todo el sistema jurídico. Este es el efecto irradiación ⁵¹ que, dicho de otro modo, implica que los derechos fundamentales son criterios de ordenación. Con ello, afirma Barranco, “quiero hacer referencia a la idea de que los derechos condicionan la unidad, plenitud y coherencia del Ordenamiento, desde el momento en que se convierten en normas “superiores” que deben ser tenidas en cuenta en cualquier acto de creación o aplicación del Derecho” ⁵². Alexy, por su parte, explica que la irradiación tiene varias consecuencias. La primera es que los derechos funcionan como límite del contenido del sistema jurídico. Para efectuar esta determinación material, en cada caso, es necesario llevar a cabo ponderaciones, y así la segunda consecuencia es que el sistema jurídico se muestra “abierto”. Si atendemos al hecho de que los derechos funcionan como criterios de validez, la tercera y última consecuencia de la irradiación es que aquella apertura del sistema jurídico lo es frente a la moral ⁵³. Conviene resumir que así como los valores y principios, los derechos fundamentales son, desde su dimensión objetiva, no más que normas jurídicas que cumplen, según se ha dicho, una determinada función en el sistema. Entendidos de esta forma, y a reserva de estudiar el tema en el siguiente capítulo, propongo avanzar algunas ideas sobre esta función que, en su conjunto, cumplen los contenidos materiales en el sistema jurídico.

Lo primero que debo advertir es que si, como se señaló en el apartado anterior, la Constitución establece mecanismos de control del poder político, los contenidos materiales en ella incorporados se dice que “condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos” ⁵⁴. La Constitución no sólo establece quién es y cómo se organiza todo poder público, “sino también qué es lo que puede e incluso, a veces, qué es

⁴⁹ Sobre la dimensión subjetiva de los derechos fundamentales, véanse R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, obra citada, pp. 151 y 258; M.C. BARRANCO, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, obra citada, pp. 261 y ss; e *Id.*, “Los contenidos materiales de las Constituciones y la posibilidad de un constitucionalismo positivista”, en VV.AA., *El positivismo jurídico a examen...*, obra citada, pp. 346 y ss.

⁵⁰ M.C. BARRANCO, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, obra citada, p. 20.

⁵¹ Al respecto, véanse R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, obra citada, p. 465; F.J. ANSUÁTEGUI, *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, obra citada, p. 85; M.C. BARRANCO, *Teoría del Derecho y derechos fundamentales*, obra citada, pp. 21, 22 y 31; y E.W. BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de J. Requejo e I. Villaverde, Nomos Baden-Baden, 1993, pp. 109-130.

⁵² M.C. BARRANCO, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, obra citada, p. 73.

⁵³ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, obra citada, pp. 481 y 482.

⁵⁴ M. CARBONELL, “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo...*, obra citada, pp. 9-12, en especial p. 10.

lo que debe decidir”⁵⁵. A esta idea, hablando de derechos, Alexy le llama fundamentalidad material: “[l]os derechos fundamentales y las normas iusfundamentales son materialmente fundamentales, porque con ellas se toman decisiones sobre la estructura normativa básica del Estado y de la sociedad”⁵⁶. Esta función es de tal relevancia que, incluso, se ha sostenido que a partir de ella es posible formular una definición. En palabras de P. Cuenca, “por contenidos materiales se entienden normas de carácter sustantivo, esto es, que no se refieren a la forma o al modo de adoptar decisiones o de realizar comportamientos [...] sino que aluden al contenido, al fondo de tales decisiones o comportamientos”⁵⁷. Por ello además, se dice que los contenidos materiales funcionan como “criterios orientadores de la decisión de los jueces”⁵⁸. En última instancia, es común leer entre los autores⁵⁹ que los contenidos materiales incorporados en la Constitución funcionan como criterios de validez de las normas del sistema jurídico. Independientemente de la corrección o no de esta última afirmación, antes de determinar si el positivismo jurídico hartiano se muestra o no resistente frente al primer argumento del neoconstitucionalismo, conviene examinar si la incorporación en la Constitución de contenidos materiales es o no una novedad del Derecho del Estado constitucional; dicho de otra forma, quizás lo más interesante sea preguntarnos si aunque los contenidos materiales hubiesen estado presentes en las Constituciones anteriores a mediados del siglo XX, aquellos eran o no Derecho. En la Introducción afirmé que en Europa, a partir de la segunda mitad del siglo XX y, en concreto, al final de la Segunda Guerra Mundial se desarrolló un tipo de organización política a la que comúnmente se ha denominado “Estado constitucional”; cuyo Derecho, se dice, presentó ciertos rasgos que lo identifican. Y páginas atrás advertí también que existe cierto consenso sobre la idea de que uno de estos rasgos del Derecho del Estado constitucional es la incorporación en la Constitución de contenidos materiales que no son más que valores, principios y derechos fundamentales. Aquí ahora interesa cuestionarnos si efectivamente antes de mediados del siglo XX había o no contenidos materiales en las normas superiores de cualquier sistema jurídico. Ansuátegui reseña que con los precedentes de autores como Platón, Pufendorf, Locke y Kant, cuando se comienza a

⁵⁵ L. PRIETO, “El constitucionalismo de los derechos” (2004), en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo...*, obra citada, pp. 213 y 214. En este sentido, véase *Id.*, *Ley, principios, derechos*, obra citada, pp. 2 y 35.

⁵⁶ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, obra citada, p. 463.

⁵⁷ P. CUENCA, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, obra citada, p. 16.

⁵⁸ L. PRIETO, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 122.

⁵⁹ En este sentido, véanse F.J. ANSUÁTEGUI, “Estado de Derecho, crisis de la ley y Estado constitucional”, en VV.AA., *Estado constitucional y derechos fundamentales*, obra citada, p. 12; R. de ASÍS, “Democracia, Constitución y derechos”, en VV.AA., *Estado constitucional y derechos fundamentales*, obra citada, pp. 23-33, en especial p. 24; A.E. PÉREZ, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, obra citada, p. 288; L. PRIETO, *Constitucionalismo y Positivismo*, obra citada, p. 17; e *Id.*, *Ley, principios, derechos*, obra citada, p. 36.

emplear el término “Estado de Derecho” en el siglo XIX, se hacía ya incluyendo dimensiones materiales. De hecho, el primer modelo histórico, esto es, el Estado de Derecho liberal estuvo vinculado a una concepción de los derechos individuales y de participación política ⁶⁰. Incluso, como afirma Peces-Barba, no debe perderse de vista que: “[l]as revoluciones de Gran Bretaña, en el siglo XVII, en las colonias inglesas en el norte de América y en Francia, en el siglo XVIII, serán la expresión de un nuevo tipo de poder político, el Estado liberal, en el cual se fortalecerán los derechos, como concepción ética que se incorporará al Derecho positivo” ⁶¹. Quizás no sea necesario remontarnos al siglo XVII ⁶², pero sí detenernos en los casos americano y francés.

En relación con el modelo americano, es clara la presencia de contenidos materiales desde la *Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia* de 12 de junio de 1776 que, formando parte de la Constitución de aquella colonia, en su artículo I señaló: “[q]ue todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, que no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad” ⁶³; o bien, al reconocer el derecho de voto (artículo VI); los derechos procesales (artículo VIII); la prohibición de castigos crueles o inusitados (artículo IX); la libertad de imprenta (artículo XII); y la libertad de conciencia (artículo XVI). Asimismo, la presencia de contenidos materiales quedó de manifiesto en la *Declaración de Independencia de los Estados Unidos* de 4 de julio de 1776, cuando en su párrafo segundo se afirmó: “[s]ostenemos por evidentes, por sí mismas, estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; entre los cuales están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que siempre que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o a abolirla, e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio sea la más adecuada para alcanzar la seguridad y felicidad” ⁶⁴. Si bien es cierto que estos derechos inalienables no fueron

⁶⁰ F.J. ANSUÁTEGUI, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho...*, obra citada, pp. 39 y 40.

⁶¹ G. PECES-BARBA *et al*, *Derecho positivo de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987, p. 13.

⁶² Al respecto, véase J. DORADO, *Las teorías del Fundamental Law en Inglaterra...*, obra citada.

⁶³ La cita se toma de VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, edición de J. González Amuchastegui, Nacional, Madrid, 1984, p. 263.

⁶⁴ La cita se toma de G. PECES-BARBA *et al*, *Derecho positivo de los derechos humanos*, obra citada, p. 107.

reconocidos en la Constitución de 1787, no lo es menos que las diez primeras Enmiendas aprobadas el 15 de diciembre de 1791 sí contuvieron un catálogo de derechos. Este catálogo estuvo compuesto, entre otros, por las libertades religiosa, de expresión, de imprenta y de reunión (Enmienda I); el derecho a poseer y portar armas (Enmienda II); la inviolabilidad del domicilio (Enmienda IV); el *due process of law* (Enmienda V); y la prohibición de castigos crueles o inusitados (Enmienda VIII) ⁶⁵. Por tanto, las Constituciones (federal y locales) de Estados Unidos incorporaron contenidos materiales desde finales del siglo XVIII. Pero si como se mencionó, el objeto de esta investigación está centrado en los Estados de la cultura jurídica continental europea occidental, convendrá detenernos, por ejemplo, en el modelo francés.

El sistema jurídico francés también incorporó contenidos materiales desde finales del siglo XVIII. En efecto, la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 26 de agosto de 1789 no hizo más que afirmar que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos (artículo 1º) o bien, que la meta de toda asociación política era la conservación de esos derechos naturales e imprescriptibles del hombre como la libertad, propiedad, seguridad y la resistencia a la opresión (artículo 2º). La Declaración contuvo, además, un catálogo de derechos tales como los de participación (artículo 6º); la libertad de expresión (artículo 10); y la propiedad (artículo 17). Pero quizás, mención aparte merezca el enunciado del artículo 16: “[t]oda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución” ⁶⁶. Estos contenidos materiales fueron incorporados en las normas superiores del sistema jurídico francés, pues no debe perderse de vista que la Declaración de 1789 fue reproducida a manera de preámbulo de la Constitución promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente el 3 de septiembre de 1791. En suma, es posible afirmar que los sistemas jurídicos americano y francés incorporaron contenidos materiales antes de la segunda mitad del siglo XX, pero quizás convenga detenernos a examinar las implicaciones de aquella incorporación en uno y otro caso. Estas implicaciones constituyeron uno de los temas abordados por G. Jellinek y E. Boutmy, en una polémica que sostuvieron a finales del siglo XIX y principios del XX. De este modo, lo primero que debo advertir es que dicha polémica se suscitó con motivo del origen de la Declaración francesa de 1789. Jellinek, por su parte, defendió la tesis de que *El Contrato Social* de Rousseau no era la fuente de aquella Declaración, sino los *Bills of Rights* de las Constituciones de las colonias

⁶⁵ Ídem., pp. 116 y 117.

⁶⁶ Ídem., p. 115.

inglesas de Norteamérica ⁶⁷; en especial la antes mencionada de Virginia (1776), aunque destacó también las de Pennsylvania (1776); Maryland (1776); Carolina del Norte (1776); Vermont (1777); Massachusetts (1780); y New Hampshire (1783). En respuesta a esta tesis, Boutmy sostuvo que “la Declaración de Derechos no encuentra su origen en Rousseau más que en Locke, en los *Bills* de derechos americanos más que en la Declaración de Independencia, sino que es el resultado de una causa indivisible: el gran movimiento espiritual del siglo XVIII” ⁶⁸. Movimiento espiritual que, sin embargo, a decir de Jellinek a manera de réplica, no habría tenido por sí solo “el poder de producir una Declaración de Derechos; era preciso, para eso, que ocurriese un acontecimiento histórico como el de la Revolución americana” ⁶⁹. Sea cual fuere el origen de la Declaración francesa de 1789, lo cierto es que de esta polémica conviene mostrar la postura sostenida por Jellinek y Boutmy sobre las implicaciones de la incorporación de las declaraciones de derechos en las Constituciones de uno y otro lado del Atlántico. Jellinek, por su parte, afirmó que los derechos contenidos en la Declaración francesa eran proposiciones generales o principios abstractos “vitales sólo mediante la expresión legislativa detallada, para la determinación de la situación jurídica del individuo en el Estado” ⁷⁰; lo que quiere decir que los derechos presentes en la Declaración francesa, incorporada después en la Constitución de 1791, no eran

⁶⁷ G. JELLINEK, “La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” (1895), trad. de A.G. Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, obra citada, pp. 65-120, en especial pp. 69-72.

⁶⁸ E. BOUTMY, “La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y M. Jellinek” (1902), trad. de J. González Amuchastegui, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, obra citada, pp. 123-150, en especial p. 127. En contra, véase E. DOUMERGUE, “Los orígenes históricos de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano” (1904), trad. de J. González Amuchastegui, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, obra citada, pp. 169-223, en especial pp. 210 y 211: “[l]a Revolución francesa no tuvo como origen un suceso local, extraño a Francia, y algunos trozos de papel traídos de una orilla a otra del océano. La Revolución francesa, su Declaración, son el producto de una gran evolución histórica, que duró varios siglos, que abarcó Francia, Escocia, Inglaterra, América, sin olvidar Suiza y Alemania [...] Desde entonces, cuando se dice: ...la filosofía del siglo XVIII..., Rousseau..., respondemos: sí y no, no y sí, pues nos encontramos ante expresiones tan vagas que hacen difícil una discusión científica; hay que comenzar a diferenciar y precisar [...] Si algo no ha sido un bloque homogéneo ha sido la filosofía del siglo XVIII, con sus elementos dispares, cristianos, paganos, deístas, ateos, católicos y protestantes. Y si algún autor no puede considerarse como un bloque compacto, ese es Rousseau, ciudadano y admirador de Ginebra, pero al mismo tiempo admirador y ciudadano, podría decirse, de Esparta y de Roma, calvinista y pagano, que tanto utilizó el derecho a contradecirse en la teoría y en la práctica. Y, en fin, si un acontecimiento no es homogéneo, ese es la misma revolución. Aparece claro, a pesar de todas las teorías, en los entusiasmos y repulsas que origina entre los mismos pensadores. De modo que no es contradictorio admitir estas dos tesis: 1ª, la Revolución francesa es el resultado de una evolución secular; la filosofía del siglo XVIII tuvo una gran influencia y, en concreto, Rousseau fue uno de sus profetas, y 2ª, la declaración de 1789 (pues no hablamos de ninguna otra) estuvo inspirada en su redacción por los *Bills of Rights*, los cuales habían sido inspirados, a su vez, por el calvinismo americano, asimismo resultado del calvinismo europeo”.

⁶⁹ G. JELLINEK, “La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: Respuesta a M. Boutmy” (1902), trad. de A.G. Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, obra citada, pp. 153-165, en especial p. 156.

⁷⁰ G. JELLINEK, “La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” (1895), trad. de A.G. Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, obra citada, p. 67.

directamente aplicables, sino que era necesario su desarrollo por parte del legislador ordinario. “Las Declaraciones americanas, por el contrario [afirma Jellinek] contienen reglas que están por encima del legislador ordinario. Tanto en la Unión como en los Estados particulares hay órganos distintos para la legislación ordinaria y para la constitución, y el juez vela porque el Poder legislativo ordinario no infrinja los límites de la constitución: aquél debe negarse a aplicar una ley si la creyese contraria a los derechos fundamentales [...] Las Declaraciones americanas no son sólo Leyes formales de naturaleza superior, sino que son también la obra de un legislador superior. En Europa conocen las Constituciones, es verdad, procedimientos enderezados a dificultar las reformas de las mismas; pero esto no obstante, casi siempre es el mismo legislador quien decide sobre los cambios que hayan de efectuarse. La intervención judicial no existe ni aun en la Confederación suiza” ⁷¹. Al control de constitucionalidad me referiré en el capítulo tercero, pero aquí conviene advertir que de esta larga cita de Jellinek se sigue la idea de supremacía constitucional señalada líneas atrás. De este modo, en el caso americano las declaraciones de derechos incorporadas en las Constituciones estaban por encima del legislador ordinario, porque además del control de constitucionalidad, aquellas Constituciones eran consideradas rígidas, a diferencia de las europeas que, en última instancia, eran flexibles. Por otra parte, Boutmy no se pronunció sobre estas ideas, pero estuvo de acuerdo con Jellinek en que la Declaración francesa y las declaraciones americanas estuvieron redactadas en términos similares, esto es, a través de conceptos generales, expresándose de forma abstracta, como era común en el siglo XVIII según reconoció. Estuvo de acuerdo también en que el significado de la incorporación de las declaraciones de derechos en las respectivas Constituciones no fue el mismo. A diferencia *prima facie* de Jellinek, Boutmy ubica este distinto significado en la jurisdicción. En sus palabras: “[t]odas las Declaraciones de los Estados Unidos han sido concebidas de manera que pudieran ser invocadas ante los tribunales. Los americanos tenían la idea fija de que les servirían de base para más de un proceso ante la Corte Suprema de su Estado, y se preocuparon de preparar los argumentos jurídicos, los medios que el proceso podría exigir, y todo el contexto conlleva la señal de esa preocupación. Para los franceses, la Declaración no es sino una pieza de oratoria, los artículos se presentan vacíos, desarmados, o si acaso armados de su propia solemnidad, del imperio de la verdad sobre los hombres. Ningún tribunal los invocará ni podrá fundamentar en ellos los considerandos de un juicio. Los franceses escriben para enseñar al mundo; los americanos, buscando la ventaja y la

⁷¹ Ídem., pp. 91 y 92.

comodidad de sus conciudadanos redactaron los artículos de sus declaraciones”⁷². Es cierto, Jellinek ubicó el significado de la incorporación en que en el caso francés los derechos requerían desarrollo legislativo, en tanto que en el caso americano los derechos eran directamente aplicables estando por encima del propio legislador, explicando además, que esta situación obedecía a la idea de supremacía constitucional. Y es cierto también que Boutmy afirmó que la diferencia estaba en que mientras que en el caso americano era posible invocar los derechos ante los tribunales, no existía esta posibilidad en el caso francés. Pero lo importante es tener claro que aquí no hay polémica alguna. Sea que los distintos significados que se atribuyen a la incorporación estén en sede legislativa o constitucional (Jellinek) o bien, en sede jurisdiccional (Boutmy) en todo caso son consecuencia de lo dicho líneas atrás. Antes de la segunda mitad del siglo XX, las Constituciones en Europa no fueron normas jurídicas supremas y rígidas, sino meras normas programáticas. Por ello, aún y cuando la Declaración francesa de 1789 se incorporó a la Constitución de 1791, los derechos en ella contenidos requerían para su efectividad de un desarrollo legislativo, como dice Jellinek, y de forma previa a este desarrollo no era posible invocarlos ante los tribunales, como lo afirmó Boutmy. En cambio, desde finales del siglo XVIII, Estados Unidos conoció Constituciones que eran normas jurídicas supremas y rígidas, por ello, los derechos en ellas incorporados a través de las declaraciones estaban por encima del legislador ordinario (Jellinek) y era posible invocarlos ante los tribunales (Boutmy). Si esto es así, la conclusión es que, por una parte, conviene reiterar que las normas superiores de los sistemas jurídicos americano y francés incorporaron contenidos materiales antes de la segunda mitad del siglo XX; y por otra, que el significado de esta incorporación fue diferente si se considera que las Constituciones que reconocen los derechos son normas jurídicas supremas y rígidas o bien, simples normas programáticas, como la francesa de 1791.

Es cierto por otra parte, como se mencionó líneas atrás, que esta última como el resto de las Constituciones europeas desaparecieron durante el siglo XIX para dar paso a otro tipo de normas jurídicas. En el caso francés se trató del Código Civil⁷³. Pero aún este incorporó contenidos materiales. Piénsese, por ejemplo, en la obligación del tutor de administrar los bienes del menor como un buen padre de familia (artículo 450); como un buen padre de familia debía también comportarse el deudor de obligación de conservar la cosa (artículo

⁷² E. BOUTMY, “La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y M. Jellinek” (1902), trad. de J. González Amuchastegui, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, obra citada, p. 131.

⁷³ *Código Civil Francés/Code Civil: Edición Bilingüe* (1804), trad. de A. Núñez Iglesias, coordinación de R. Domingo, Marcial Pons, Madrid, 2005.

1137); la buena fe con la que deben cumplirse los contratos (artículo 1134); o la que debe observar el adquirente de inmueble para el caso de prescripción (artículo 2265); en fin, la ilicitud de la causa cuando está prohibida por la ley y cuando es contraria a las buenas costumbres o al orden público (artículo 1133). De este modo es claro que el *Code* incorporó contenidos materiales, pero quizás lo más importante sea reconocer, junto con Prieto, que la “presencia de estándares morales ha sido una constante en toda experiencia jurídica: orden público, moral vigente, diligencia de un buen padre de familia, convivencia intolerable, penas crueles, etc.”⁷⁴. Como se vio, estos contenidos también fueron incorporados en las normas superiores del sistema jurídico francés en el caso de la Constitución de 1791 (y posteriormente, en la de 1848). Pero Francia no es, sin embargo, el único ejemplo. A las Constituciones de Bélgica (1831), México (1917) y del *Reich* alemán (1919) se incorporaron también estos contenidos a la manera de derechos⁷⁵. La conclusión es, pues, que la incorporación en la Constitución de contenidos materiales no es una novedad del Derecho de los Estados pertenecientes a la cultura jurídica continental europea occidental posterior a la Segunda Guerra Mundial, pues qué duda cabe de que antes de la segunda mitad del siglo XX, aquellos contenidos estuvieron presentes en los sistemas de esta y de otras culturas jurídicas. Pero ciertamente debe reconocerse, por otra parte, que resulta innegable que en la Constitución del Derecho del Estado constitucional están presentes estos contenidos materiales. Si esto es así, ¿qué nos quiere decir entonces el neoconstitucionalismo cuando habla de este tipo de contenidos? Ansuátegui admite que si bien es cierto que la incorporación en la Constitución de contenidos materiales no es una novedad que nos presente el Derecho del Estado constitucional, no lo es menos que quizás la novedad sí esté en la positivación de *determinados* contenidos morales. En su opinión, “si por algo destaca en este sentido el constitucionalismo no es por constituir un caso de apertura a la moral, sino por serlo de apertura a una cierta opción moral, que es la de los derechos y en términos generales la del proyecto ilustrado”⁷⁶. Este proyecto, por ejemplo, no sería más que la ética pública de la modernidad a la que antes nos hemos referido. En palabras de Peces-Barba: “[l]os mejores contenidos materiales son los que apoyados en argumentos liberales, democráticos, sociales y republicanos han ido incorporándose progresivamente a los sistemas jurídicos del mundo europeo y atlántico a lo largo de los siglos XVII y XVIII y que, con un éxito todavía muy

⁷⁴ L. PRIETO, “Sobre la identificación del Derecho a través de la moral”, en VV.AA., *Los desacuerdos en el Derecho*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, pp. 87-145, en especial p. 91.

⁷⁵ Al respecto, véase G. PECES-BARBA *et al*, *Derecho positivo de los derechos humanos*, obra citada, pp. 125, 153 y 182.

⁷⁶ F.J. ANSUÁTEGUI, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho...*, obra citada, p. 252.

mejorable, se han intentado extender, en los siglos XIX y XX, al resto del mundo como paradigma de la ética pública preferible”⁷⁷. Parecería entonces que cuando el neoconstitucionalismo habla de contenidos materiales quiere con ello decir que nos encontramos frente a dimensiones de moral ideal. J.A. García Amado admite esta idea, cuando afirma que el “neoconstitucionalismo va un paso más allá [de la moral social] y, presuponiendo o bien el tipo de moral a que se refiere Dworkin o Radbruch, o bien algún género de moral objetiva [...] insiste en que esa moral está presente como sustancia o esencia última de las constituciones vigentes”⁷⁸. Pero si esto es así, el primer argumento del neoconstitucionalismo para sostener la imposibilidad del positivismo jurídico, en general, para explicar el Derecho del Estado constitucional tiene que ser reformulado. Por una parte, afirmar que la incorporación en la Constitución de contenidos materiales vulnera la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral y, por otra, señalaría que esto es así porque cuando habla de contenidos materiales quiere con ello decir moral ideal. Pero si esta reformulación es correcta, este argumento ya fue contestado cuando a propósito de la crítica de Dworkin y de la versión incluyente, respectivamente, se concluyó que para un teórico del Derecho resultan inadmisibles razones de moral ideal, porque no es posible demostrar su existencia (o fuerza obligatoria) o bien, como lo señaló Hart porque, en última instancia, aquel juez que pretendiera emplearlas no estaría haciendo más que expresar sus propias preferencias. Además, concuerdo con J.A. García Amado cuando afirma que debemos rechazar razones de moral ideal: “[p]orque algunos, positivistas o no, ni estamos fácilmente dispuestos a asumir que una parte del derecho sea mero objeto de fe, como creencia en lo que no se ve ni se demuestra, ni nos sentimos muy complacidos al pensar que nosotros no vemos en toda su objetiva claridad lo que para otros es evidente y no necesita mayor explicación”⁷⁹. En suma, si los contenidos materiales incorporados en la Constitución del Derecho del Estado constitucional son moral ideal, no se vulnera la tesis de la separación conceptual y el positivismo jurídico hartiano se muestra resistente. Lo interesante aquí sería preguntarnos si estos contenidos materiales son moral social. A partir de esta premisa, en el siguiente y último apartado del presente capítulo analizaré por una parte, si la incorporación en la Constitución de contenidos de moral social vulnera la tesis de la separación conceptual y, por otra, si el positivismo jurídico hartiano es o no capaz de explicar la presencia en la Constitución del

⁷⁷ G. PECES-BARBA, “Prólogo”, a P. CUENCA, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, obra citada, pp. XXI-XXIV, en especial p. XXIV.

⁷⁸ J.A. GARCÍA, “Positivismo jurídico”, en VV.AA., *Derecho y moral: Una relación desnaturalizada*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012, pp. 163-264, en especial p. 182.

⁷⁹ J.A. GARCÍA, “Iuspositivismo sin misterio y antipositivismo con enigmas: Comentario a las tesis de Andrés Ollero”, en VV.AA., *Derecho y moral...*, obra citada, pp. 53-116, en especial pp. 100 y 101.

Derecho del Estado constitucional de este tipo de contenidos y, en su caso, si se ha ofrecido o no una mejor explicación.

3. Positismo jurídico hartiano y la incorporación en la Constitución de contenidos materiales

En el apartado anterior mostré que es común leer que los valores, principios y derechos fundamentales son, en su conjunto, expresión de una determinada idea de la justicia. Asimismo, puse a la vista que es corriente la afirmación según la cual los valores son opciones ético-sociales y que, por ello, su empleo denota hablar de moral. Lo mismo sucede con los principios, pues esta expresión suele vincularse a un contenido valorativo; e idéntica situación se presenta con los derechos fundamentales, pues qué duda cabe de que han sido entendidos como exigencias éticas justificadas que, irradiando sobre el sistema jurídico, lo “abren” frente a la moral. Estas ideas son el sustento del primer argumento del neoconstitucionalismo. Líneas atrás afirmé también que este argumento no es acertado si por contenidos materiales entendemos razones de moral ideal. Por ello, propuse reformularlo a razones de moral social. De este modo, el argumento afirmaría que los contenidos materiales son exigencias de moral social que, incorporadas en la Constitución, suponen una conexión entre Derecho y moral; conexión que vulneraría una de las tesis características del positivismo jurídico, en general, y que por tanto, este planteamiento es incapaz de explicar la presencia de estos contenidos en la Constitución del Derecho del Estado constitucional. Pero a pesar de esta reformulación creo que el argumento sigue siendo falso. Ansuátegui ensaya con acierto una primera explicación cuando afirma que “la inclusión de las dimensiones morales manifestadas en forma de derechos y valores, que sirve para caracterizar al constitucionalismo contemporáneo, es un rasgo de específicos Ordenamientos, y no del Derecho. Quiere decirse con ello que, en realidad, aunque el Derecho del constitucionalismo no se puede comprender y analizar sin tener en cuenta ese punto de vista moral asumido, lo cierto es que el Derecho (que no necesariamente es el del constitucionalismo), puede seguir siendo identificado sin la presencia de ese punto de vista moral específico que, si bien es necesario en el Derecho del Estado de Derecho, no lo es en el Derecho genéricamente considerado”⁸⁰. Sin duda comparto esta explicación, pero señalaría que si nos centramos en el Derecho del Estado constitucional,

⁸⁰ F.J. ANSUÁTEGUI, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho...*, obra citada, p. 215.

como es el objeto de esta investigación, es posible sostener que este argumento del neoconstitucionalismo no es acertado. La incorporación en la Constitución de contenidos de moral social no vulnera la tesis de la separación conceptual, porque su formulación admite esta posibilidad. Recuérdese que esta tesis arguye que aunque existen numerosas e importantes conexiones entre el Derecho y la moral, de modo que frecuentemente hay una coincidencia o solapamiento *de facto* entre el Derecho de algún sistema y las exigencias morales, tales conexiones son contingentes, no necesarias lógicamente ni conceptualmente. Esta tesis es, pues, compatible con el hecho contingente de que en un sistema jurídico coincidan las exigencias morales con las jurídicas. En palabras de Hart: “en el caso de la tesis de la separación conceptual, entre el derecho y la [m]oralidad, no es suficiente con hacer hincapié en que esta separación es compatible con la coincidencia <de facto> entre las exigencias morales y jurídicas, debida al hecho contingente de que la agencia [l]egislativa, a menudo conscientemente ha prohibido jurídicamente lo que está moralmente prohibido, y ha hecho jurídicamente obligatorio lo que es moralmente obligatorio”⁸¹. En suma como afirma Prieto, la incorporación en la Constitución de contenidos materiales “es plenamente comprensible desde el positivismo [...] porque éste nunca ha negado que las opciones jurídicas reflejan algún tipo de moral social”⁸². Hasta aquí la respuesta sobre la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral. Pero conviene avanzar en la argumentación, a fin de mostrar que el positivismo jurídico hartiano es capaz de explicar la presencia de contenidos de moral social en la Constitución del Derecho del Estado constitucional. Qué duda cabe de que, como señala Barranco, la “presencia de moral en el Derecho, aun cuando ésta no tenga por qué ser correcta, se pone de manifiesto en el hecho de que detrás de todo sistema jurídico está el sistema de valores de quien lo crea”⁸³. Por ello, es posible afirmar que los contenidos materiales son un conjunto de exigencias de moral social que el poder constituyente establece en la Constitución. A partir de ese momento no son más que normas jurídicas⁸⁴, y conviene

⁸¹ H.L.A. HART, “El nuevo desafío del positivismo jurídico” (1979), trad. de L.L. Hierro, F. Laporta y J.R. de Páramo, *Sistema*, núm. 36, 1980, pp. 3-18, en especial p. 5.

⁸² L. PRIETO, *Constitucionalismo y Positivismo*, obra citada, p. 50.

⁸³ M.C. BARRANCO, “La moral en el Derecho y el conflicto entre ley y conciencia” (2009), en VV.AA., *Libertad ideológica y objeción de conciencia: Pluralismo y valores en Derecho y educación*, edición de M.I. Garrido Gómez y M.C. Barranco Avilés, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 99-114, en especial p. 101.

⁸⁴ En contra, véase A. OLLERO, “Derecho y moral: Una relación desnaturalizada”, en VV.AA., *Derecho y moral...*, obra citada, pp. 11-51, en especial pp. 28 y 29. En opinión de este autor, “describir el derecho como es en realidad, lleva a reconocer que en su dinámica entran en juego *elementos jurídicos no formalmente positivados*, o a los que sólo cabe considerar positivados de modo implícito. Así ocurrirá con los valores y –aún más, dada su mayor operatividad positivadora– con los *principios* jurídicos, a los que sería absurdo conceptuar por ello como morales. Cuando se es positivista (sólo es derecho el derecho puesto) y, a mayor abundamiento, normativista (el derecho puesto consiste en un conjunto de normas), el único modo de considerar jurídicos a determinados valores será suscribir la imaginativa afirmación de que son normas; simplemente porque con todo

advertir que “su status jurídico no depende de su propia aceptabilidad o corrección moral”⁸⁵, sino de un hecho social. Hablar así de la incorporación en la Constitución de contenidos materiales puede reducirse a la simple afirmación de que en la cúspide del sistema existen normas jurídicas. La presencia de estas o de cualesquiera otras normas jurídicas que, junto con Prieto, pudiéramos llamar “principios explícitos”⁸⁶, no significa *desafío* alguno para el positivismo jurídico hartiano, porque admitiendo una distinción débil entre reglas y principios (como la mantenida en esta investigación), valores, principios y derechos no se distinguen de otras normas del sistema por su estructura, y qué duda cabe de que una teoría del Derecho cuyo propósito sea proporcionar un análisis de la estructura de cualquier sistema jurídico, concluyendo que se trata de la unión de reglas primarias y reglas secundarias, es capaz de explicar la presencia de normas jurídicas en el sistema. Esta teoría es, pues, el positivismo jurídico hartiano. Pero además, el positivismo jurídico hartiano es la mejor explicación de la presencia de contenidos materiales en la Constitución del Derecho del Estado constitucional porque, por una parte, no son admisibles teorías no positivistas como la de Dworkin que explican la incorporación de los principios en el Derecho por su corrección moral (ideal)⁸⁷ y, por otra, no habría algo en teorías neoconstitucionalistas como la de Ferrajoli que permitiera suponer que los contenidos materiales no son normas jurídicas o bien, que estas teorías ofrecen una mejor explicación sobre su incorporación en la Constitución; recuérdese que Ferrajoli se limita a distinguir entre legitimación externa e interna. Si esto es así, es posible resumir las conclusiones de este capítulo de la siguiente forma. La incorporación en la Constitución de contenidos materiales no es una novedad del Derecho del Estado constitucional, pues antes de la segunda mitad del siglo XX aquellos estuvieron presentes en

acierto se los considera *derecho proprio vigore*, pero tal cualidad se reserva a la vez caprichosamente a las normas. Como consecuencia si se quiere reconocer a los *valores jurídicos* esta condición (obviamente no son estéticos ni meramente morales...) no bastará con que tengan determinado contenido, sino habrá que canonizarlos como normas. La dudosa ventaja de tan bienintencionado esfuerzo será que podamos acabar dejando de tener claro en qué pueda consistir una norma y qué la distingue de lo que –aun siendo jurídico– no es tal”.

⁸⁵ J.R. de PÁRAMO, *H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 336.

⁸⁶ L. PRIETO, *Sobre principios y normas...*, obra citada, p. 134.

⁸⁷ Recuérdese que conforme a la teoría de Dworkin, los principios forman parte del sistema jurídico, y esto es así por su verdad o corrección moral, no con motivo de un hecho social. En este sentido, véase A. GARCÍA, *Principios y positivismo jurídico...*, obra citada, p. 47: “[l]a teoría de Dworkin permite considerar que un principio moral pueda ser considerado jurídico sin más, *proprio vigore*”. Y para ejemplificar este aserto, Dworkin recurre a casos como el *Riggs vs. Palmer*. García reseña que: “[e]n este supuesto la aplicación del principio “nadie puede beneficiarse de su propio delito” tiene lugar en el seno de una sentencia judicial. Dworkin infiere de la aplicabilidad de un principio como el enunciado que tal norma pertenece al derecho [...] la teoría de Dworkin denuncia, con su crítica al positivismo, que en el razonamiento judicial aparecen estándares diversos de los considerados jurídicos por el positivismo; a su vez, de ello Dworkin infiere que estos estándares pertenecen al derecho igualmente, pues, de lo contrario, serían el intolerable fruto de la arbitrariedad judicial” (p. 311). Y pertenecen al Derecho por su verdad o corrección moral (ideal).

los sistemas jurídicos. Resulta innegable, sin embargo, que la Constitución del Derecho del Estado constitucional incorpora estos contenidos materiales. De este modo, el primer argumento del neoconstitucionalismo es que la presencia de valores, principios y derechos fundamentales vulnera la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral. En principio, conviene advertir que no es admisible que los contenidos materiales sean razones de moral ideal, primero porque su incorporación en el Derecho no obedece a su verdad o corrección, y segundo porque si no estuvieran incorporados no sería posible demostrar su existencia (o fuerza obligatoria) o bien, aquel juez que pretendiera emplearlos no estaría haciendo más que expresar sus propias preferencias y, en fin, creo que a ningún teórico le complacería pensar que no ve lo que para otros es evidente. En esta investigación se rechaza la moral ideal. Pero ello no quiere decir que sea necesario asumir una determinada posición metaética para defender el positivismo jurídico. Como es sabido Kelsen lo hace desde el relativismo, pero también otros autores como Barranco han ensayado con acierto una defensa de aquel planteamiento sobre el Derecho desde el cognoscitivism. Efectivamente, Barranco propone una teoría de la justicia para el constitucionalismo contemporáneo. Qué duda cabe de que la incorporación en la Constitución de un catálogo de derechos garantizados por mecanismos jurídicos es un hecho. Se trata, entre otros, del control de constitucionalidad. Está fuera de discusión también que este hecho distorsiona la distribución de poderes. En este escenario, Barranco sostiene que “la referencia a una teoría de la justicia basada en derechos resulta obligada para orientar y criticar las decisiones jurídicas en el marco del constitucionalismo”⁸⁸ que resulta aplicable tanto al juez como al legislador. Por otra parte, en este capítulo es posible concluir también que si los contenidos materiales son entendidos como razones de moral social, su presencia en la Constitución no vulnera la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, porque los valores, principios y derechos fundamentales no son más que normas jurídicas, cuya incorporación en el Derecho responde a un hecho social. Así, el positivismo jurídico hartiano se muestra resistente frente a este primer argumento. Pero además, es capaz de explicar esta incorporación porque la presencia de normas jurídicas en el sistema no representa desafío alguno para una teoría que, como la que se defiende en esta investigación, describe el Derecho como la unión de reglas primarias y reglas secundarias. Asimismo, conviene advertir que esta explicación ofrecida por el positivismo jurídico hartiano es la mejor si se toma en cuenta que, por una parte, la

⁸⁸ M.C. BARRANCO, “Constitución, derechos humanos y Filosofía del Derecho: Una teoría de la justicia para el constitucionalismo contemporáneo”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 28, 2012, pp. 13-31, en especial p. 25.

incorporación en la Constitución de contenidos materiales no es objeto de investigación de teorías no positivistas y, por otra, no hay algo en teorías neoconstitucionalistas que permita suponer un avance. Pero la incorporación en la Constitución de contenidos materiales supone otra implicación. No se trata ya de la simple presencia de estos en la cúspide del sistema lo que se argumenta en contra del positivismo jurídico, en general, sino la función que desempeñan como criterios de validez. Se trata, pues, de una idea avanzada líneas atrás que ha sido reconducida a la tesis del Derecho como sistema normativo mixto. A este segundo argumento me referiré en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO II

Validez y la tesis del Derecho como sistema normativo mixto

En el capítulo anterior afirmé que la incorporación en la Constitución de contenidos materiales no vulnera la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral. Señalé también que este no es el único argumento que el neoconstitucionalismo ha esgrimido para sostener la imposibilidad del positivismo jurídico, en general, para explicar el Derecho del Estado constitucional. En efecto, a partir de la premisa de que los contenidos materiales incorporados en la Constitución funcionan como criterios de validez, un segundo argumento afirma que el Derecho del Estado constitucional es un sistema normativo mixto que el positivismo jurídico no es capaz de explicar porque este sostiene la tesis de la dinamicidad. En fin, en palabras de L. Prieto este argumento viene a decir que la “existencia de constituciones con plena fuerza normativa y dotadas de un denso contenido sustantivo o moral impide seguir concibiendo la identificación de las normas como una mera cuestión de hecho, pues la validez de las mismas descansa no sólo en el respeto a las condiciones formales de competencia y procedimiento, sino también en su adecuación a los principios y derechos fundamentales que representan otras tantas condiciones materiales” ⁸⁹. El objeto de este capítulo es determinar si el positivismo jurídico hartiano se muestra o no resistente frente a este argumento y, en su caso, si se ha ofrecido o no una mejor explicación de la validez en el contexto del Derecho del Estado constitucional. Recuérdese que dicho contexto es el objeto en que se centra esta investigación, aunque conviene avanzar que la idea del carácter mixto se ha predicado respecto de todo sistema jurídico ⁹⁰. Lo primero a elucidar es la expresión validez jurídica. A ello se dedicará el primer apartado de este capítulo.

⁸⁹ L. PRIETO, “Sobre la identificación del Derecho a través de la moral”, en VV.AA., *Los desacuerdos en el Derecho*, obra citada, p. 93.

⁹⁰ Al respecto, véanse F.J. ANSUÁTEGUI, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho...*, obra citada, p. 217; y P. CUENCA, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, obra citada, p. XVII.

1. *El problema de la validez jurídica*

La expresión “validez jurídica” no es pacífica⁹¹; pero, sí existe cierto consenso sobre la idea de que se trata de un criterio propio de la Teoría del Derecho⁹², “que sirve para identificar lo jurídico”⁹³. El problema, sin embargo, es que no está claro cuál es este criterio y si es autónomo. Sobre esta última idea, por ejemplo, se ha sostenido una teoría llamada tridimensional que, en su formulación estándar nos recuerda J.A. García Amado, “dice que el derecho es norma, y como tal calificable en términos de validez o invalidez formal o propiamente jurídica; hecho, y como tal calificable en clave de eficacia o ineficacia; y valor, y como tal tildable de bueno o malo, justo o injusto, moral o inmoral. Perder de vista cualquiera de esas dimensiones supondría, se dice, dejar de lado un aspecto esencial de la ontología de lo jurídico, pues el derecho propiamente dicho sólo se da en aquellas normas que reúnen las tres condiciones positivas: validez, eficacia y justicia”⁹⁴. Sin embargo, como el propio García reconoce teorías como esta deben rechazarse, porque no son más que una confusión entre el objeto y los diversos puntos de vista desde los cuales se puede analizar. Por ello, quizás convenga delimitar estos puntos de vista y admitir con Alexy que, de hecho, es posible

⁹¹ Al respecto, véase R. de ASÍS, *Jueces y normas...*, obra citada, pp. 32 y 33. La expresión validez no es pacífica pues, por lo menos, ha sido identificada con tres significados. Algunos autores han sostenido que validez equivale a existencia. En este sentido, véase N. BOBBIO, *El positivismo jurídico: Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra* (1961), trad. de R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993, pp. 146 y 147. No ha faltado quien, por otra parte, reduzca validez a obligatoriedad. Al respecto, véase G. RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho* (1948), trad. de W. Roces, Fondo de Cultura Económica, 4ª ed., México, 1974, p. 49. Y, en fin, es posible distinguir un tercer significado de validez como pertenencia. En este sentido, véanse P. CUENCA, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, obra citada, pp. 2 y 3; J. RAZ, *La autoridad del Derecho: Ensayos sobre Derecho y moral* (1979), trad. de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 1985, p. 125; e *Id.*, *Razón práctica y normas* (1975), trad. de J. Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, 2ª ed., Madrid, 1991, p. 147. La validez también ha sido entendida como un término de enlace que se aplica tanto a los antecedentes como a las consecuencias de actos jurídicos. Esta es la tesis de M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica” (2003), en *Id.*, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, obra citada, pp. 35-59, en especial p. 37: “[e]l término “validez” (o “válido”, “inválido”, etc.) parece funcionar como un término de enlace en el siguiente sentido: a veces decimos que determinados resultados (como un contrato, una sentencia, una ley, un acto administrativo) son válidos o inválidos, apuntando con ello a que de tales resultados se derivan determinadas consecuencias o efectos jurídicos. Y otras veces la predicación de validez apunta a las condiciones o antecedentes de esos resultados (y decimos así que tal testamento es válido porque ha sido dictado de acuerdo con los requisitos establecidos para ello en el Código Civil o que tal contrato es inválido porque uno de los contratantes era menor de edad al momento de la celebración). Quiere ello decir que, a propósito de la validez, podemos referirnos tanto a sus antecedentes o condiciones (o a su negación: a los vicios de la validez) como a sus consecuencias: a cuáles son los efectos de que un cierto resultado institucional sea válido o inválido (o válido o inválido en diversos grados)”.

⁹² En este sentido, véanse R. de ASÍS, “Juez y concepto de Derecho iuspositivista”, en VV.AA., *El positivismo jurídico a examen...*, obra citada, pp. 539-554, en especial p. 542; y K. TUORI, *Positivismo crítico y Derecho moderno*, trad. de D. Mena et al, Fontamara, México, 1998, p. 63.

⁹³ M.C. BARRANCO, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, obra citada, p. 56.

⁹⁴ J.A. GARCÍA, “Positivismo jurídico”, en VV.AA., *Derecho y moral...*, obra citada, p. 187.

distinguir tres conceptos de validez: sociológico, ético y jurídico. El primero afirma que una norma vale socialmente si es obedecida. En cambio, el segundo concepto sostiene que una norma vale cuando está moralmente justificada. Y en relación con el tercero hay que distinguir entre un concepto positivista y uno no positivista de la validez jurídica. El concepto positivista comprende la validez social; en tanto que el concepto no positivista abarca también elementos de la validez moral ⁹⁵. Alexy relaciona el concepto ético de validez con las teorías del derecho natural y racional. Pero si esto es así, este concepto no es admisible por las razones sobre las que se ha insistido en esta investigación en relación con el rechazo de la moral ideal. Fariñas las resume bien en la obra que da título a este apartado, cuando afirma que “el fallo fundamental de las <teorías iusnaturalistas> consiste en la imposible demostración de las afirmaciones sobre la existencia de un orden metafísico de validez general y universal, al que denominan Derecho natural” ⁹⁶ o bien, moral ideal. De este modo, propongo avanzar sobre el desarrollo del concepto positivista de validez jurídica, al hilo de la validez social que en cierto grado supone, máxime si se toma en cuenta que, según se dijo, en este capítulo nos referiremos a un segundo argumento esgrimido frente al positivismo jurídico, en general. Proceder de esta forma, quizás nos comprometa con una teoría sistemática de la validez como le llama Cuenca ⁹⁷, pero como veremos más adelante esta es la postura de Hart. En fin, ¿cuál es, pues, el concepto positivista de validez jurídica? Si bien es cierto que como se ha reiterado, la teoría del Derecho que se defiende en la presente investigación es el positivismo jurídico hartiano, no lo es menos que en mi opinión la mejor forma de responder a esta pregunta es desarrollar con cierto detalle el tema de la validez en el pensamiento de H. Kelsen. Esto es así por dos razones. La primera es que la regla de reconocimiento como el propio Hart lo admite tiene cierta afinidad con la norma fundante de Kelsen. Y la segunda razón, mucho más importante, es que, en última instancia, la tesis del Derecho como sistema normativo mixto se elaboró como reacción frente a la distinción kelseniana entre sistemas estáticos/sistemas dinámicos; pues, como lo afirma Cuenca, la

⁹⁵ R. ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho* (1992), trad. de J.M. Seña, Gedisa, 2ª ed., Barcelona, 2004, pp. 87-89.

⁹⁶ M.J. FARIÑAS, *El problema de la validez jurídica*, Civitas, Madrid, 1991, p. 41.

⁹⁷ P. CUENCA, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, obra citada, p. 2: “[d]e esta forma, manejar un concepto sistemático de Derecho implica asumir una teoría sistemática de la validez que afirma que una norma jurídica es válida cuando cumple los criterios de pertenencia establecidos por el sistema para considerar que una norma forma parte del mismo. Desde una perspectiva negativa, adoptar una aproximación sistemática al fenómeno jurídico supone descartar otras comprensiones alternativas de la noción de validez como las defendidas por la teoría <fáctica>, que mantiene que las normas <válidas> son las normas eficaces, esto es, aquellas que realmente se aplican en la resolución de los conflictos sociales y por la teoría <axiológica>, que sostiene que la validez de las normas depende de su conformidad con normas <extrasistemáticas> que adquieren este papel por razón de su calidad moral”.

“relevancia de las dimensiones sustantivas en el problema de la validez jurídica se plantea como una cuestión esencialmente polémica en el contexto de la explicación de la sistematicidad del Derecho que goza de una más amplia difusión en la cultura jurídica actual y que encuentra su principal referente en la teoría de Kelsen”⁹⁸. Conviene avanzar que el concepto positivista (kelseniano) de la validez jurídica se compone de dos elementos. Validez es existencia específica u obligatoriedad (a ella me referiré en el resto del presente apartado junto con el presupuesto de la norma fundante) pero también se traduce en pertenencia de la norma al sistema jurídico (esta idea será tratada en el siguiente apartado al hilo de la noción de sistema y de la distinción entre sistemas estáticos/sistemas dinámicos). Por otra parte, conviene señalar con Fariñas que es necesario distinguir entre validez de la norma jurídica y validez del ordenamiento jurídico en su conjunto⁹⁹. De este modo, en relación con la validez de la norma jurídica, quizás lo primero que convenga resolver es una imprecisión común. Se ha sostenido que para Kelsen validez es existencia. Así por ejemplo, autores como J.A. Ramos¹⁰⁰ explican que el positivismo jurídico decimonónico identificó validez con obligatoriedad, y que a partir del positivismo jurídico kelseniano fue entendida, además, como existencia¹⁰¹. Sin embargo, esta última afirmación como se avanzó no es acertada. En *Teoría General del Derecho y del Estado*, Kelsen afirma que: “[p]or “validez” entendemos la existencia específica de las normas. Decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia o –lo que es lo mismo- a reconocer que tiene “fuerza obligatoria” frente a aquellos cuya conducta regula. Las del derecho son normas en cuanto tienen validez”¹⁰². Y la validez del Derecho “significa que las normas jurídicas son obligatorias, que los hombres deben conducirse como éstas lo prescriben, y que deben obedecer y aplicar las mismas normas”¹⁰³. Kelsen reitera estas ideas en la segunda edición de *Teoría pura del Derecho*, cuando dice que validez designa la “existencia específica de una norma”¹⁰⁴, pero más adelante, señala también: “[q]ue una norma que se refiere a la conducta de un hombre *valga* significa que

⁹⁸ Ídem., p. 3.

⁹⁹ M.J. FARIÑAS, *El problema de la validez jurídica*, obra citada, p. 26.

¹⁰⁰ J.A. RAMOS, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart: Un intento de configuración del Derecho como sistema normativo autónomo* (1988), Tecnos, Madrid, 1989, p. 18.

¹⁰¹ Al respecto, véase J.A. GARCÍA, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 70. Para una crítica, véanse C.S. NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica: Con referencia particular a la dogmática penal*, Coyoacán, México, 2011, p. 42; L. PRIETO, *Ideología e interpretación jurídica*, obra citada, p. 132; y J. RAZ, *El concepto de sistema jurídico: Una introducción a la teoría del sistema jurídico* (1970), trad. de R. Tamayo y Salmorán, Coyoacán, 2ª ed., México, 2011, p. 168.

¹⁰² H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, obra citada, p. 35.

¹⁰³ Ídem., p. 46.

¹⁰⁴ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, obra citada, p. 23.

obliga, que el hombre debe comportarse de la manera determinada por la norma”¹⁰⁵. En suma no comparto la afirmación de Ramos, porque para Kelsen validez no se traduce en existencia de la norma jurídica, sino que se trata de una existencia específica que no es otra cosa más que su obligatoriedad¹⁰⁶. En efecto, en palabras de Fariñas, “se puede deducir que el concepto de *validez* significa para KELSEN <fuerza obligatoria> o <fuerza vinculante> o, en una palabra, <obligatoriedad> [...] De esta forma, cuando KELSEN se refiere a la <existencia específica> [...] de las normas jurídicas está haciendo referencia al carácter *normativo* de las mismas, y no a una mera <existencia> fáctica”¹⁰⁷. O bien, como nos dice Nino: “[p]ara Kelsen, decir que un sistema jurídico o una norma jurídica son válidos (o sea, decir que son precisamente un sistema jurídico o una norma jurídica) implica decir que ellos están justificados o son obligatorios”¹⁰⁸. En fin, en la teoría de Kelsen validez y obligatoriedad son términos coextensivos como lo señalan M. Atienza y J. Ruiz Manero¹⁰⁹. Aunque como veremos más adelante y según se dijo, para Kelsen validez significa también pertenencia. Por otra parte, la validez de una norma no debe confundirse con su eficacia, esto es, con el hecho de que sea aplicada y obedecida, por lo menos en cierto grado: “[l]a eficacia del derecho quiere decir que los hombres se comportan en la forma en que, de acuerdo con las normas jurídicas, deben comportarse; o sea, que las normas son realmente aplicadas y obedecidas”¹¹⁰. Pero en todo caso, la eficacia es condición de la validez: “[l]a afirmación de que una norma es válida y la de que es eficaz son, en realidad, diferentes. Pero si bien validez y eficacia son dos conceptos enteramente distintos, entre ellos hay, sin embargo, una relación muy importante. Una norma es considerada como válida sólo bajo la condición de que pertenezca a un sistema normativo, a un orden que, considerado en su totalidad, es eficaz. Así pues, la eficacia es condición de la validez, pero no la razón de la misma”¹¹¹. Hablando, pues, de eficacia cobra relevancia la distinción propuesta por Fariñas entre validez de la norma jurídica y validez del ordenamiento jurídico en su conjunto porque, como afirma Peces-Barba, “validez y eficacia en el conjunto del Ordenamiento se identifican, mientras que se distinguen claramente desde el punto de

¹⁰⁵ Ídem., p. 201.

¹⁰⁶ En este sentido, véase P. CUENCA, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, obra citada, pp. 469 y 470, quien sostiene que: “[e]n este punto importa precisar que la existencia a la que Kelsen se refiere no es la mera existencia fáctica del acto, sino su existencia específica en el ámbito del deber ser que, como es sabido, implica que la norma en cuestión es una norma jurídicamente vinculante, precisamente, porque es válida, esto es, por razón de su conformidad con las normas superiores”.

¹⁰⁷ M.J. FARIÑAS, *El problema de la validez jurídica*, obra citada, p. 50.

¹⁰⁸ C.S. NINO, “El concepto de validez jurídica en la teoría de Kelsen” (1978), trad. de C. Rosenkrantz, en *Id.*, *La validez del Derecho* (1974-84), Astrea, Buenos Aires, 1985, pp. 7-27, en especial p. 24.

¹⁰⁹ M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Tres problemas de tres teorías de la validez jurídica” (2003), en *Id.*, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, obra citada, pp. 61-86, en especial p. 64.

¹¹⁰ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, obra citada, p. 46.

¹¹¹ Ídem., p. 49.

vista de la norma. Si podemos decir que una norma válida puede no ser eficaz, o que una norma eficaz puede no ser válida, no podemos decir lo mismo en el Ordenamiento. Este para ser válido tiene que ser eficaz” ¹¹². Antes de analizar la razón de la validez, conviene advertir que las normas jurídicas no son juicios sobre la realidad, y por ello no se puede hablar de ellas en términos de verdad o falsedad ¹¹³, sino sólo decir si una norma es válida o no válida ¹¹⁴. Para Kelsen, la razón o fundamento de validez de una norma jurídica no es un hecho sino otra norma jurídica ¹¹⁵. En sus palabras, “una norma vale en tanto y en la medida en que ha sido producida en la forma determinada por otra norma” ¹¹⁶. Esta última es la razón o fundamento de validez de la primera. En palabras de Ramos, la tesis de Kelsen es que: “[e]l fundamento de la validez de una norma jurídica sólo puede residir en otra norma jurídica válida anterior que designe el órgano competente y disponga el procedimiento adecuado para la creación de la primera” ¹¹⁷; aunque el propio Kelsen admite que bastaría que la superior determinara el órgano encargado de formular la inferior ¹¹⁸. Estamos hablando, pues, de la validez de la norma jurídica que Fariñas llama puramente formal o *intrasistemática*, y explica que en este caso “nos encontramos en el ámbito de la Ciencia Jurídica, la cual soluciona el problema de la <validez jurídica> con el material que el propio sistema jurídico le proporciona, sin acudir, por tanto, a elementos externos al mismo. Dicha solución vendría, pues, dada por la legalidad del acto de creación de las normas, conforme a los requisitos establecidos por el propio sistema jurídico” ¹¹⁹. En fin, la norma que regula la producción se muestra como superior respecto de la norma producida. La presencia de estas normas superiores e inferiores explica que el orden jurídico sea una construcción escalonada, en cuya cúspide se encuentra la Constitución ¹²⁰. Pero además, se trata de un *sistema* si atendemos al hecho de que las normas comparten un mismo fundamento de validez: “[a] la norma cuya validez no puede derivar de otra superior la llamamos “fundamental”. Todas las normas cuya validez puede ser referida a una y la misma norma fundamental constituyen un orden o sistema normativo. Esta norma fundamental representa, como fuente común, el vínculo entre todas las diversas normas que integran un determinado orden. Que una norma pertenece a determinado sistema de normas, a

¹¹² G. PECES-BARBA, “Prólogo”, a M.J. FARIÑAS, *El problema de la validez jurídica*, obra citada, pp. 11-16, en especial p. 15.

¹¹³ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, obra citada, p. 129.

¹¹⁴ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, obra citada, p. 69, explica esta última idea al señalar que “el concepto de validez jurídica no es graduable. Una norma es válida jurídicamente o no lo es”.

¹¹⁵ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, obra citada, p. 130.

¹¹⁶ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, obra citada, p. 232.

¹¹⁷ J.A. RAMOS, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart...*, obra citada, p. 46.

¹¹⁸ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, obra citada, p. 158.

¹¹⁹ M.J. FARIÑAS, *El problema de la validez jurídica*, obra citada, p. 27.

¹²⁰ En este sentido, véase F.J. ANSUÁTEGUI, *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, obra citada, pp. 69 y 70.

determinado orden normativo, se puede comprobar solamente si deriva su validez de la norma fundamental que integra o constituye el orden”¹²¹. Aquí en cambio, estamos hablando de la validez del ordenamiento jurídico en su conjunto que, como advierte Fariñas, “implica, necesariamente, la referencia específica al <fundamento> o a la <base> de la validez jurídica, en definitiva al fundamento último de la validez o, incluso se podría decir, de la <existencia> de un ordenamiento jurídico”¹²². En fin, el último fundamento de validez no es más que la norma fundante, norma fundante básica, norma fundamental o bien, *Grundnorm*. Si el fundamento de validez de una norma es otra que se muestra como superior, la búsqueda de este fundamento de validez no puede proseguir indefinidamente; sino que debe concluir con una norma que se supone última y suprema. Es decir, “el fundamento de validez de una norma consiste en presuponer la existencia de una última norma, igualmente válida, a saber, la norma fundamental. La pregunta acerca del fundamento de validez de una norma no es –como la que se refiere a la causa de un efecto– un *regressus ad infinitum*, sino que encuentra su término en una norma suprema que representa la última razón de validez dentro de un sistema normativo, en tanto que una causa última o primera no tiene lugar dentro de un sistema natural de la realidad”¹²³. De este modo, la norma fundamental se trata de una norma no positiva sino presupuesta¹²⁴, “dado que no puede ser impuesta por una autoridad cuya competencia tendría que basarse en una norma aún superior”¹²⁵ y por ello, su validez no puede cuestionarse. Fuera de discusión está también su carácter normativo¹²⁶, pues qué duda cabe de que es aquella “que manda obedecer al constituyente originario, es decir, obliga a obedecer la Constitución”¹²⁷. En palabras de Kelsen, “la norma fundante que constituye el fundamento de validez de un orden jurídico se refiere sólo a la constitución que es el fundamento de un orden coactivo eficaz”¹²⁸; por ello, “la norma fundante de un orden jurídico estatal reza en su formulación: la coacción entre los hombres debe ser ejercida en la manera y bajo las condiciones que se determinan en la primera constitución histórica. La norma fundante delega en la primera constitución histórica el determinar el procedimiento mediante el cual se dictarán las normas que estatuyen actos de coacción”¹²⁹. Desde *Teoría General del Derecho y del Estado* Kelsen

¹²¹ H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, obra citada, pp. 130 y 131.

¹²² M.J. Fariñas, *El problema de la validez jurídica*, obra citada, pp. 27 y 28.

¹²³ H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, obra citada, p. 131.

¹²⁴ Al respecto, véanse N. Bobbio, *El positivismo jurídico...*, obra citada, p. 204; y J.A. Ramos, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart...*, obra citada, pp. 52 y 53.

¹²⁵ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, obra citada, p. 202.

¹²⁶ Al respecto, véase J.A. García, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, obra citada, p. 27.

¹²⁷ J.A. Ramos, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart...*, obra citada, p. 50.

¹²⁸ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, obra citada, pp. 59 y 60.

¹²⁹ Ídem., p. 63.

avanzó estas ideas cuando explicó que: “[s]i inquirimos por qué la constitución es válida, tal vez encontraremos su fundamento de validez en otra constitución más antigua. Llegaremos finalmente a una constitución que es históricamente la primera y que fue establecida por algún usurpador o por alguna especie de asamblea. La validez de esta primera constitución es el supuesto último, el postulado final de que depende la validez de todas las normas de nuestro sistema jurídico. Se prescribe que debe uno conducirse en la forma en que lo ordenaron el individuo o los individuos que establecieron la primera constitución. Esta es la norma fundamental del orden jurídico en cuestión” ¹³⁰. Pero conviene advertir que esta primera Constitución histórica es diferente, por una parte, de la Constitución en sentido lógico-jurídico que no es más que la propia norma fundante y, por otra, de la Constitución en sentido jurídico-positivo que se trata de una norma positiva que, en última instancia, determina qué órgano y conforme a qué procedimiento han de producirse las normas de un sistema jurídico; pero, la norma fundante nada dice sobre su contenido: “[e]l contenido de un orden jurídico positivo es enteramente independiente de su norma fundante básica. Puesto que, como debe subrayarse enfáticamente, de la norma fundante cabe derivar solamente la validez, pero no el contenido del orden jurídico” ¹³¹. A partir de estas palabras, el argumento objeto del presente capítulo afirma que para el positivismo jurídico, en general, y señaladamente para el positivismo jurídico kelseniano, la validez únicamente depende de criterios formales (qué órgano y conforme a qué procedimiento). Esta es, se dice, la tesis del Derecho como sistema normativo dinámico o bien, tesis de la dinamicidad. Si esto es así, el argumento termina por señalar que el positivismo jurídico es incapaz de explicar el Derecho del Estado constitucional porque este no es un sistema normativo dinámico, sino mixto. Al desarrollo de este argumento dedicaré el siguiente apartado.

2. Segundo argumento: la tesis del Derecho como sistema normativo mixto

En el apartado anterior afirmé que, si bien es cierto que la teoría del Derecho que se defiende en la presente investigación es el positivismo jurídico hartiano, no lo es menos que una de las razones que justifican desarrollar con cierto detalle el tema de la validez en el pensamiento de H. Kelsen es que, en última instancia, la tesis del Derecho como sistema normativo mixto se

¹³⁰ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, obra citada, p. 135.

¹³¹ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, obra citada, p. 228.

elaboró como reacción frente a la distinción kelseniana entre sistemas estáticos/sistemas dinámicos. En este apartado, como se avanzó, mostraré primero en qué consisten las ideas de sistema y validez como pertenencia, para posteriormente explicar aquella distinción entre sistemas normativos y, en último término, poner a la vista en qué consiste la tesis del Derecho como sistema normativo mixto. Un buen punto de partida para explicar esta tesis no es otro más que la idea de sistema que, como se avanzó, será desarrollada aquí desde el positivismo jurídico kelseniano. Si esto es así, lo primero que conviene reiterar es que, en la teoría de Kelsen, la norma fundante explica la idea de sistema ¹³². Todas las normas jurídicas cuya validez se remita a ella constituyen un sistema u orden normativo: “[e]l orden jurídico es un sistema de normas” ¹³³. La norma fundante es, pues, el último fundamento de validez de todas las normas de un sistema jurídico. De ahí se sigue que, para Kelsen, validez equivale también a pertenencia pues: “[q]ue una norma determinada pertenezca a un orden determinado se basa en que su último fundamento de validez lo constituye la norma fundante básica de ese orden” ¹³⁴. Dicho de otra forma: “[u]na norma aislada sólo es norma jurídica en cuanto pertenece a un determinado orden jurídico, y pertenece a un determinado orden jurídico cuando su validez reposa en la norma fundante de ese orden” ¹³⁵. En fin, como señala Cuenca: “Kelsen emplea el concepto de validez jurídica como pertenencia explicándolo en unos términos que han pasado a formar parte del significado comúnmente aceptado de esta noción. Si bien, y como consecuencia de las influencias neokantianas, la noción de validez adolece en la teoría de Kelsen de una cierta ambigüedad [...] siendo identificada no sólo con la pertenencia de las normas al sistema, sino también con su existencia específica en el mundo del deber ser que lleva aparejada su obligatoriedad, su fuerza vinculante” ¹³⁶. Estas ideas (sistema y validez como pertenencia) son de tal importancia que, incluso, permiten a Kelsen ensayar una definición de Derecho, cuando afirma que “el orden jurídico es un sistema de normas generales e individuales entre sí entrelazadas en cuanto la producción de cada norma perteneciente a ese sistema se encuentra determinada por otra norma del sistema y, en última instancia, por su norma fundante básica” ¹³⁷. El hecho de que la producción de una norma esté determinada por otra es la premisa a partir de la cual Kelsen formula la tesis del Derecho

¹³² Sobre la idea de sistema en general, véanse R. de ASÍS, *Jueces y normas...*, obra citada, p. 22; L. PRIETO, *Ideología e interpretación jurídica*, obra citada, p. 142; S. SASTRE, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, obra citada, p. 72; y G. TARELLO, *Cultura jurídica y política del Derecho*, obra citada, pp. 144-146.

¹³³ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, obra citada, p. 129.

¹³⁴ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, obra citada, p. 202.

¹³⁵ Ídem., p. 45.

¹³⁶ P. CUENCA, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, obra citada, p. 8.

¹³⁷ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, obra citada, p. 243.

como sistema normativo dinámico, en oposición a la tesis de la moral como sistema normativo estático. Sin embargo, lo primero que conviene advertir es que la dicotomía estático/dinámico es empleada por Kelsen en dos sentidos. Conforme al primero, distingue entre teoría estática y teoría dinámica del Derecho: “[l]a primera tiene como objeto el derecho como un sistema de normas con validez, el derecho en su estado de equilibrio; la segunda, el proceso jurídico en el que el derecho se produce y aplica, el derecho en su movimiento”¹³⁸ que resulta significativo, puesto que el Derecho regula su propia producción¹³⁹. Y conforme al segundo sentido, distingue entre sistema estático y sistema dinámico¹⁴⁰. La diferencia entre ellos responde al tipo o naturaleza de la norma fundante¹⁴¹; aunque, se dice también que la distinción entre estos sistemas obedece a “la diversa caracterización de la relación interna entre sus normas”¹⁴². La distinción entre sistemas estáticos/sistemas dinámicos estuvo presente desde *Teoría General del Derecho y del Estado*. En efecto, Kelsen afirma en esta obra que: “[d]e acuerdo con la naturaleza de la norma fundamental, podemos distinguir dos diferentes tipos de órdenes o sistemas normativos: los estáticos y los dinámicos. Dentro de un orden de la primera especie las normas son “válidas”, lo cual significa que suponemos que los individuos cuyo comportamiento es regulado por ellas “deben” conducirse como el contenido de tales normas lo prescribe. Tal contenido posee una cualidad inmediatamente evidente que garantiza su validez o, en otros términos: las normas son válidas en virtud de su dignidad intrínseca. Las normas tienen tal cualidad en cuanto son derivables de una norma fundamental específica, de la misma manera en que lo particular es derivable de lo general. La fuerza

¹³⁸ Ídem., p. 83.

¹³⁹ Este es uno de los significados que M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica” (2001), en *Id.*, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, obra citada, pp. 9-33, en especial p. 23, atribuyen a la expresión “carácter institucional del Derecho”, cuando afirman: “[u]n cuarto sentido de “institucional” alude a que el sistema jurídico regula su propia creación y aplicación, esto es, contiene normas que confieren poderes de cambio y de adjudicación, así como normas regulativas referidas al ejercicio de estos poderes”.

¹⁴⁰ Al respecto, véase R. de ASÍS, *Jueces y normas...*, obra citada, p. 27.

¹⁴¹ En este sentido, véanse J.A. GARCÍA, *Hans Kelsen y la norma fundamental*, obra citada, p. 17; y J.A. RAMOS, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart...*, obra citada, p. 65.

¹⁴² P. CUENCA, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, obra citada, p. 25. En efecto, H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, obra citada, p. 132, afirma en relación con el sistema normativo estático que “todas las normas particulares de ese sistema pueden obtenerse mediante una operación intelectual, es decir, gracias a una inferencia de lo general a lo particular”. En cambio, tratándose de un sistema normativo dinámico: “[s]us distintas normas no pueden ser obtenidas mediante una operación intelectual, partiendo de la norma básica. Esta última simplemente establece una determinada autoridad que puede, a su vez, conferir la facultad de creación normativa a otras autoridades. Las normas de un sistema dinámico tienen que ser creadas mediante actos de voluntad por aquellos individuos autorizados al efecto por una norma de grado más alto. Semejante autorización implica una delegación. La facultad de crear normas es delegada por una autoridad en otra autoridad; aquélla es la más alta, ésta es inferior. La norma básica de un sistema dinámico es la regla fundamental de acuerdo con la cual han de ser creadas las demás normas del sistema. Una norma forma parte de un sistema dinámico si ha sido creada en la forma establecida en último término por la norma básica” (pp. 132 y 133).

obligatoria de la fundamental es evidente por sí misma o, al menos, se supone que tiene tal carácter”¹⁴³. De la misma forma en la segunda edición de *Teoría pura del Derecho*, Kelsen explica la diferencia entre sistema normativo estático y sistema normativo dinámico cuando afirma que: “[l]as normas de un orden del primer tipo valen [...] por su contenido; en tanto su contenido puede ser referido a una norma bajo cuyo contenido el contenido de las normas que constituyen el orden admite ser subsumido como lo particular bajo lo universal [...] Puesto que todas las normas de un orden de este tipo están ya contenidas en el contenido de la norma presupuesta, puede deducírselas mediante una operación lógica, una inferencia de lo general a lo particular”¹⁴⁴. Por ello, de la norma fundante presupuesta en un sistema estático se sigue tanto el fundamento de validez como el contenido de las normas. “En el caso de los sistemas estáticos la norma fundamental se define como un precepto que integra ciertos contenidos morales generales, esto es, en un sistema estático la norma fundamental presenta una naturaleza material”¹⁴⁵. La moral es, pues, un sistema de este tipo. En un sistema dinámico, en cambio, la norma fundante que presupone “no contiene otra cosa que el establecimiento de un hecho productor de normas, el facultamiento de una autoridad normadora o, lo que significa lo mismo, contiene una regla que determina cómo deben producirse las normas generales e individuales del orden sustentado en esa norma fundante básica”¹⁴⁶. Esto quiere decir que en un sistema dinámico, una norma es válida en tanto y en la medida en que ha sido producida de la manera determinada en la norma fundante, y no por su contenido; porque, recuérdese, la norma fundante sólo determina qué órgano y conforme a qué procedimiento, pero nada dice sobre su contenido. Por ello, “la *Grundnorm* constituye un tipo particular de norma jurídica, debido a su carácter formal, que está en relación con su naturaleza lógico jurídica. Este rasgo, exigencia lógica de su función epistémica, implica que la norma fundamental no introduce ningún contenido material en el sistema jurídico, sino que se limita a fundamentar su validez”¹⁴⁷. Así, pues, el Derecho es esencialmente un sistema de este tipo. En palabras de Kelsen: “[e]l sistema de normas que llamamos orden jurídico, es un sistema de naturaleza dinámica. Las normas jurídicas no son válidas porque ellas o la norma básica tengan un contenido cuya fuerza obligatoria sea evidente por sí misma. No son válidas por el valor intrínseco de la exigencia que de las mismas emana. No hay ninguna especie de conducta humana que, por su misma naturaleza, no pueda ser convertida en un deber jurídico

¹⁴³ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, obra citada, p. 131.

¹⁴⁴ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, obra citada, p. 203.

¹⁴⁵ P. CUENCA, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, obra citada, p. 26.

¹⁴⁶ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, obra citada, p. 204.

¹⁴⁷ J.A. RAMOS, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart...*, obra citada, p. 52.

correlativo de un derecho subjetivo. La validez de una norma jurídica no puede ser discutida sobre la base de que su contenido es incompatible con algún valor moral o político. Una norma jurídica es válida en cuanto ha sido creada de acuerdo con determinada regla, y sólo por ello. La norma fundamental de un orden jurídico es la regla suprema de acuerdo con la cual los preceptos de tal orden son establecidos y anulados, es decir, adquieren y pierden su validez”¹⁴⁸. La tesis del Derecho como sistema normativo dinámico afirma, en fin, que una norma vale por haber sido producida de determinada manera, y no por tener un contenido. Si esto es así, es posible reseñar como lo hace Cuenca (sin que ella lo comparta) que: “[p]recisamente, a partir de una cierta lectura de la tesis de la dinamicidad del orden jurídico, basada en lo que puede considerarse como la visión canónica de la oposición sistemas normativos estáticos/sistemas normativos dinámicos, se afirma que la concepción sistemática de lo jurídico defendida por Kelsen considera irrelevantes los contenidos materiales en la determinación de la validez jurídica”¹⁴⁹, porque esta depende únicamente de criterios formales. Por ello, como señalé, se argumenta que si el Derecho del Estado constitucional es un sistema normativo mixto, esto es, aquel en que la validez depende de criterios formales y materiales, el positivismo jurídico, en general, es incapaz de explicar la validez en el contexto del Derecho del Estado constitucional. Esta es, pues, la tesis del Derecho como sistema normativo mixto.

En relación con esta tesis, lo primero que conviene advertir es que, en efecto, existe cierto consenso entre los autores¹⁵⁰ sobre la idea de que uno de los rasgos del Derecho del Estado constitucional es que se trata de un sistema normativo mixto. Esta tesis, conviene reiterarlo, afirma que la validez depende de criterios formales y materiales. En palabras de Ansuátegui: “[l]a afirmación del carácter mixto del sistema deriva de la constatación de que la validez de sus componentes, de las normas que lo integran, depende de la satisfacción tanto de requisitos formales como materiales [...] Así, el sistema jurídico no es exclusivamente estático [...] ni tampoco exclusivamente dinámico [...] presenta por el contrario una naturaleza mixta”¹⁵¹.

¹⁴⁸ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, obra citada, p. 133.

¹⁴⁹ P. CUENCA, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, obra citada, p. 14.

¹⁵⁰ En este sentido, véanse R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, obra citada, pp. 462 y 463; F.J. ANSUÁTEGUI, “Estado de Derecho, crisis de la ley y Estado constitucional”, en VV.AA., *Estado constitucional y derechos fundamentales*, obra citada, p. 14; *Id.*, *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, obra citada, pp. 8 y 84; *Id.*, “Positivismo jurídico y sistemas mixtos”, en VV.AA., *El positivismo jurídico a examen...*, obra citada, pp. 601-622, en especial pp. 605, 615 y 618; R. de ASÍS, “Democracia, Constitución y derechos”, en VV.AA., *Estado constitucional y derechos fundamentales*, obra citada, pp. 24 y 25; *Id.*, *Jueces y normas...*, obra citada, pp. 26, 39 y 40; P. CUENCA, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, obra citada, pp. XVII, 15 y 132; y N. HOERSTER, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de J.M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1992, p. 141.

¹⁵¹ F.J. ANSUÁTEGUI, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho...*, obra citada, pp. 217 y 218.

Conviene reiterar una vez más que si bien es cierto que la teoría del Derecho que se defiende en la presente investigación es el positivismo jurídico hartiano, y que Hart no habla de la dicotomía estático/dinámico sino más que para explicar el núcleo de buen sentido del derecho natural; no lo es menos que las palabras antes citadas de Ansuátegui nos permiten ver con claridad que la tesis del Derecho como sistema normativo mixto se elabora como reacción frente a Kelsen, y por ello ha resultado indispensable desarrollar su pensamiento en estas páginas. En fin, lo que se quiere decir con esta tesis es que en el Derecho del Estado constitucional, para determinar la validez de una norma no son suficientes criterios formales (qué órgano y conforme a qué procedimiento), sino que se requieren además criterios materiales, y estos no son más que los contenidos materiales incorporados en la Constitución. Es preciso insistir, como se acaba de decir, en que el origen de esta tesis no es otro más que una reacción frente a la distinción kelseniana entre sistemas estáticos/sistemas dinámicos pues, por ejemplo, como señala el mismo Ansuátegui se ha argumentado que “la separación kelseniana entre sistemas dinámicos y sistemas estáticos es difícilmente sostenible. Y ello, porque, más allá del sentido que dicha distinción tuviera en el contexto de la teoría pura, los sistemas jurídicos, incluyan los contenidos de los sistemas constitucionales u otros, configuran criterios de pertenencia que comparten y aúnan exigencias o rasgos de los sistemas dinámicos y de los sistemas estáticos. Como se ha señalado en un momento anterior, se ha afirmado en este sentido que, a este respecto, los sistemas jurídicos son sistemas mixtos” ¹⁵². A la idea de si el carácter mixto es o no predicable respecto de todo sistema jurídico me referiré más adelante, aquí conviene reiterar que la tesis del Derecho como sistema normativo mixto viene a señalar, en fin, que “en la determinación y en la justificación de la validez jurídica necesariamente adquieren relevancia no sólo criterios formales, o dinámicos, sino también materiales o estáticos” ¹⁵³, y esta es según se ha argumentado la “mejor explicación del funcionamiento del sistema jurídico” ¹⁵⁴. Pues qué duda cabe de que en este se incorporan contenidos materiales que no sólo son importantes para su propio funcionamiento sino que también influyen en la determinación de la validez de las normas jurídicas. De este modo, se insiste en que la validez depende no sólo de criterios formales que se refieren al órgano y al procedimiento de producción, sino también de criterios materiales que no son más que “la exigencia de compatibilidad con los contenidos de las normas superiores” ¹⁵⁵. En opinión de Alchourrón y Bulygin esta compatibilidad, junto con la coherencia interna de las normas, no

¹⁵² Ídem., p. 256.

¹⁵³ P. CUENCA, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, obra citada, p. XVII.

¹⁵⁴ Ídem., p. 15.

¹⁵⁵ Ídem., p. 245.

son más que pautas de racionalidad a las que el sistema jurídico debe adecuarse ¹⁵⁶. J.A. García Amado, por otra parte, admite que los criterios materiales son exigencias de compatibilidad, pero propone no reducirlos a ellas. En sus palabras: “[c]ondiciones sustanciales son las que disponen o bien requisitos de encaje de las normas con otras normas del sistema (por ejemplo, cuando se sientan las condiciones del desarrollo reglamentario de las leyes), o bien condiciones de no contradicción de las normas con otras normas del sistema” ¹⁵⁷. La tesis del Derecho como sistema normativo mixto va más allá, afirmando que si bien es cierto que la validez de las normas jurídicas depende de criterios formales y materiales, no lo es menos que ambos tipos de criterios están ubicados en un mismo plano de importancia. De esta forma, la tesis “niega la preponderancia de los criterios formales de validez sobre los criterios materiales, afirmando que la dimensión estática y la dimensión dinámica poseen una importancia final semejante en la determinación de la validez jurídica” ¹⁵⁸. La razón de ello se enuncia al decir que lo que vale para el contenido vale también para el órgano y el procedimiento. Esta razón está enfocada en el momento del pronunciamiento de la validez/invalidéz de una norma jurídica, y lo que viene a decir no es más que los criterios formales y materiales suscitan exactamente los mismos problemas, sin perder de vista que “el hecho de que las disputas sobre la validez versen con mayor frecuencia sobre requisitos materiales que sobre aspectos formales no afecta a esta cuestión teórica” ¹⁵⁹. Estas ideas son el punto de partida para construir la tesis del carácter *en última instancia* mixto del sistema jurídico ¹⁶⁰ que, sin embargo, rebasa el objeto del presente apartado. Aquí lo que interesa reiterar, por una parte, es que la tesis del Derecho como sistema normativo mixto afirma que la validez de las normas jurídicas depende de criterios formales y de criterios materiales y, por otra, que según se ha dicho el Derecho del Estado constitucional no es más que un sistema normativo de este tipo y no *puramente* dinámico como lo afirma el positivismo jurídico, en general. Por ello, conviene dedicar el siguiente y último apartado del presente capítulo a determinar, en primer lugar, si el positivismo jurídico hartiano se ha mostrado o no resistente frente a este argumento y, en segundo término, si se ha ofrecido o no una mejor explicación de la validez en el contexto del Derecho del Estado constitucional.

¹⁵⁶ C.E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1971), trad. de Id., Astrea, 5ª reimp., Buenos Aires, 2006, p. 22.

¹⁵⁷ J.A. GARCÍA, “Positivismo jurídico”, en VV.AA., *Derecho y moral...*, obra citada, p. 166.

¹⁵⁸ P. CUENCA, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, obra citada, p. 493.

¹⁵⁹ Ídem., p. 496.

¹⁶⁰ Ídem., pp. 512-517.

3. Positivismo jurídico hartiano y la tesis del Derecho como sistema normativo mixto

En el apartado anterior mostré en qué consiste la tesis del Derecho como sistema normativo mixto. Señalé también que a partir de ella el neoconstitucionalismo argumenta que el positivismo jurídico, en general, es incapaz de explicar la validez en el contexto del Derecho del Estado constitucional, porque sostiene la tesis del Derecho como sistema normativo dinámico, es decir, aquella conforme a la cual la validez depende únicamente de criterios formales. Si esto es así, según se dijo, conviene determinar si el positivismo jurídico hartiano se muestra o no resistente frente a este argumento. Recuérdese que, conforme a la teoría de Hart, la regla de reconocimiento especifica alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo. La regla de reconocimiento dota al Derecho de la idea de sistema, y contiene los criterios últimos de validez del resto de las reglas. Téngase presente además que una de las críticas de Dworkin es que la regla de reconocimiento es incapaz de identificar a los principios; pero Hart, incluso antes de esta crítica, admitió que la regla de reconocimiento podía contener aspectos de moral social, y que estos aspectos así incorporados en el Derecho, podían funcionar como criterios de validez. La conclusión es que, en efecto, como lo pretendía Dworkin, la regla de reconocimiento es incapaz de identificar principios de moral ideal; lo cual es irrelevante para un teórico del Derecho porque, por una parte, no es posible demostrar su existencia (o fuerza obligatoria) y, por otra, como lo señaló Hart, aquel juez que pretendiera emplear argumentos de moral ideal no estaría haciendo más que expresar sus propias preferencias; en fin, no creo que a teórico alguno le complazca pensar que no puede ver lo que para otros es evidente. En suma, la regla de reconocimiento sí permite identificar principios de moral social, no sólo por su origen sino también por su contenido, cuya incorporación en el Derecho es contingente, no necesaria lógica ni conceptualmente; pero, en aquellos sistemas jurídicos en que efectivamente sean incorporados, pueden constituir criterios de validez. En fin, para Hart, “la existencia y contenido del derecho puede ser identificado por referencia a las fuentes sociales del derecho [...] sin recurrir a la moral, excepto donde el derecho, así identificado, haya incorporado criterios morales para la identificación del derecho” ¹⁶¹. Estos criterios morales no serían más que los criterios materiales que, junto a los formales, afirma la tesis del Derecho como sistema normativo

¹⁶¹ H.L.A. HART, *Post scriptum al concepto del Derecho* (1994), trad. de R. Tamayo y Salmorán, edición de P.A. Bulloch y J. Raz, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, p. 51.

mixto. Si esto es así, la conclusión sería sencilla. El positivismo jurídico hartiano se muestra resistente frente a este argumento, porque es capaz de explicar la tesis del Derecho como sistema normativo mixto ¹⁶². Sin embargo, a mi forma de ver las cosas, es necesario dar un paso atrás en la argumentación para determinar, por una parte, si la tesis del Derecho como sistema normativo mixto es o no una novedad del Derecho del Estado constitucional; pero por otra, quizás más importante analizar si este Derecho es o no un sistema normativo de este tipo. En relación con lo primero, recuérdese cómo en el capítulo anterior concluí que la incorporación en la Constitución de contenidos materiales no era una novedad del Derecho del Estado constitucional. De este modo, si los contenidos materiales estuvieron presentes en los sistemas jurídicos antes de la segunda mitad del siglo XX, no habría razón alguna para suponer que no funcionaran también como criterios de validez. De cualquier forma, téngase presente además cómo desde las líneas introductorias a este capítulo se citó la opinión de autores quienes como P. Cuenca afirman que la idea del carácter mixto es predicable respecto de todo sistema jurídico. El siguiente párrafo de *El sistema jurídico como sistema normativo mixto: La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica* es largo, pero creo que conviene reproducirlo para mostrar con claridad la opinión de esta autora: “[e]n primer lugar, interesa resaltar que, aunque la configuración mixta del sistema jurídico suele ser afirmada en relación con aquellos Ordenamientos que incorporan contenidos materiales en la norma constitucional, la reflexión desarrollada en este trabajo no se circunscribe al ámbito de los órdenes jurídicos constitucionales. Ciertamente, la dimensión estática adquiere una especial importancia en el funcionamiento del sistema jurídico cuando éste incorpora referencias sustantivas en los planos superiores [...] pero en todo sistema jurídico está necesariamente presente, al menos, en la relación entre las normas generales y las normas individuales. En otros términos, la tesis que se intentará justificar en estas páginas es que todos los sistemas jurídicos, y no sólo los sistemas constitucionales, se configuran como sistemas mixtos” ¹⁶³. En fin, la tesis del Derecho como sistema normativo mixto no es, pues, una novedad del Derecho del Estado constitucional. Pero quizás más importante, insisto, sea preguntarnos si el Derecho del Estado constitucional es o no un sistema normativo de este tipo. Líneas atrás, conviene reiterarlo, afirmé que a partir de la premisa de que los contenidos materiales incorporados en la Constitución funcionan como criterios de validez, se ha esgrimido un argumento conforme al cual el positivismo jurídico, en general, es incapaz de

¹⁶² En este sentido, véanse F.J. ANSUÁTEGUI, “Positivismo jurídico y sistemas mixtos”, en VV.AA., *El positivismo jurídico a examen...*, obra citada, p. 604; y R. de ASÍS, “Democracia, Constitución y derechos”, en VV.AA., *Estado constitucional y derechos fundamentales*, obra citada, p. 32.

¹⁶³ P. CUENCA, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, obra citada, pp. 15 y 16.

explicar la validez en el contexto del Derecho del Estado constitucional, porque sostiene la tesis del Derecho como sistema normativo dinámico. Si esto es así, en lo primero que conviene insistir es en que la tesis del Derecho como sistema normativo mixto fue formulada a manera de reacción frente a la distinción kelseniana entre sistemas estáticos/sistemas dinámicos; argumentando que, en el Derecho del Estado constitucional, la validez no sólo depende de criterios formales sino también de criterios materiales y que por tanto, la tesis del Derecho como sistema normativo dinámico de Kelsen no era aceptable o, por lo menos, insuficiente. Sin embargo, considero que la lectura de estas ideas ha sido imprecisa. Es cierto, Kelsen distingue entre sistemas estáticos/sistemas dinámicos; qué duda cabe también de que para ejemplificar esta distinción sostiene que la moral es un sistema estático y que el Derecho es un sistema dinámico. Pero aquí, la moral a la que se refiere (y rechaza) Kelsen es la moral ideal. Es moral ideal por cuanto advierte que la norma fundante que presupone un sistema estático es inmediatamente evidente. En efecto, desde *Teoría General del Derecho y del Estado* puede leerse que: “[e]l derecho es siempre positivo, y su positividad consiste en el hecho de que es creado y nulificado por actos de seres humanos, por lo cual es independiente de la moral y de otros sistemas normativos semejantes. Esta constituye la diferencia entre el derecho positivo y el natural, ya que el último, a semejanza de la moral, es derivado de una supuesta norma básica que se considera de validez evidente y como expresión de la “voluntad de la naturaleza” o de la “pura razón””¹⁶⁴. Kelsen se expresa de la misma forma en la segunda edición de *Teoría pura del Derecho*. En sus palabras: “[c]uando se afirma una norma, de la que se derivan, como fundamento de validez y contenido válido, normas morales, como inmediatamente evidente, ello sucede porque se cree que ha sido establecida por la voluntad divina, o por alguna otra autoridad sobrehumana; o por cuanto, al haber sido producida por la costumbre, es tenida, como todo lo acostumbrado como evidente suyo”¹⁶⁵. De este modo como señala Cuenca, “la visión estática de la normatividad traduce la pretensión de presentar los juicios de justicia como juicios de valor objetivos. Ahora bien, afirmar el carácter estático de un sistema normativo supone adherirse a una ontología normativa que admite la existencia de normas no positivas, de normas que no tienen su origen en actos de voluntad, sino que se deducen de ciertos contenidos morales considerados <evidentes>”¹⁶⁶. Por ello, si lo que la tesis del Derecho como sistema normativo mixto admite, junto a los dinámicos o formales, son criterios estáticos o materiales de validez entendidos como criterios de moral ideal, esta

¹⁶⁴ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, obra citada, p. 134.

¹⁶⁵ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, obra citada, p. 203.

¹⁶⁶ P. CUENCA, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, obra citada, p. 56.

tesis no es aceptable. No es aceptable, porque como he reiterado en esta investigación, un teórico del Derecho no puede admitir argumentos de moral ideal, pues no es posible demostrar su existencia (o fuerza obligatoria) o bien, como lo señaló Hart, porque aquel juez que pretendiera usar de ellos no estaría haciendo más que expresar sus propias preferencias; en fin, insisto, no creo que a teórico alguno le complazca pensar que no ve lo que para otros es evidente. La lectura de Kelsen ha sido imprecisa, porque si a partir de ella se ha construido una tesis (la del Derecho como sistema normativo mixto) que requiere, además de dinámicos, criterios estáticos (y estos son entendidos como criterios de moral ideal) esta tesis no es admisible. La razón es que si para la construcción de esta tesis se está siguiendo la terminología kelseniana, adviértase que para Kelsen un criterio estático no es más que un criterio de moral ideal. Por otra parte, considero que la lectura de Kelsen ha sido imprecisa, además, en un segundo sentido. Me refiero a la tesis del Derecho como sistema normativo dinámico y su “indiferencia” por el contenido del sistema jurídico. En el primer apartado de este capítulo, mostré que, conforme a la teoría de Kelsen, la norma fundante delega en la primera Constitución histórica el determinar el procedimiento mediante el cual se dictarán las normas que estatuyen actos de coacción. Pero afirmé también que convenía advertir que esta primera Constitución histórica es diferente, por una parte, de la Constitución en sentido lógico-jurídico que no es más que la propia norma fundante y, por otra, de la Constitución en sentido jurídico-positivo que se trata de una norma positiva que, en última instancia, determina qué órgano y conforme a qué procedimiento han de producirse las normas de un sistema jurídico; y que la norma fundante nada dice sobre su contenido. Esto sin duda es así pero como advierte Cuenca, la “cuestión del contenido de las normas jurídicas es un problema frente al que la norma fundamental se muestra indiferente dejando su determinación al proceso de creación del derecho” ¹⁶⁷. En otros términos, si bien es cierto que la norma fundamental nada dice sobre el contenido de las normas, no lo es menos que la que sí dice algo es la Constitución en sentido jurídico-positivo. Esta Constitución, conforme a la teoría de Kelsen, además de normas jurídicas que determinan qué órgano y conforme a qué procedimiento, contiene otras que se refieren al contenido. Esta no es más que la distinción kelseniana entre sentido material y sentido formal de la Constitución. En efecto, Kelsen afirma que, conforme al primero, la palabra Constitución “designa la norma o normas positivas que regulan la producción de las normas jurídicas generales” ¹⁶⁸; en tanto que, en el segundo sentido, se trata de “el documento denominado “constitución” que, como

¹⁶⁷ Ídem., p. 79.

¹⁶⁸ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, obra citada, p. 232.

constitución escrita, no sólo contiene normas que regulan la legislación, esto es, la producción de normas jurídicas generales, sino también normas que se refieren a otros objetos políticamente importantes”¹⁶⁹. Entre estos objetos políticamente importantes, además de normas sobre la rigidez constitucional, se encuentran los derechos fundamentales. Lo que quiero poner de manifiesto es que resulta impreciso afirmar que la tesis del Derecho como sistema normativo dinámico es indiferente al contenido; pues, conviene reiterar que para Kelsen la Constitución, además de normas que determinan qué órgano y conforme a qué procedimiento, establece otras que se refieren al contenido y funcionan como *límite a la competencia* de aquel órgano productor. En sus palabras: “[l]a constitución, en sentido material, puede determinar no solamente los órganos del proceso legislativo, sino también, hasta cierto grado, el contenido de las leyes futuras. La constitución puede determinar negativamente que las leyes no deben tener cierto contenido, por ejemplo, establecer que el Parlamento no podrá aprobar ningún estatuto que restrinja la libertad religiosa”¹⁷⁰. Kelsen admite, pues, que la Constitución incluye normas que determinan el contenido; aunque conviene tener presente que, como advierte Cuenca: “[o]tra cosa es que [...] contemple esta incorporación con cierto recelo, en tanto puede suponer el desplazamiento del poder de manos del legislador a manos de los jueces, y exprese su preferencia por una constitución sin contenidos, o al menos, con contenidos suficientemente precisos”¹⁷¹. No debe perderse de vista que Kelsen perfecciona su teoría a mediados del siglo XX, y que este no es más que el momento histórico a partir del cual ubiqué al Estado constitucional y su Derecho. De ello se sigue que Kelsen formula su teoría precisamente frente al Derecho del Estado constitucional, y consciente de que es innegable la incorporación en la Constitución, entre otros contenidos, de derechos fundamentales, reconoce que una “parte típica de las constituciones modernas es el catálogo de las libertades o derechos de los ciudadanos”¹⁷², argumentando que estos son normas jurídicas que se refieren al contenido y que constituyen un límite a la competencia. En sus palabras: “[l]a constitución que regula la producción de normas generales puede determinar el contenido de las futuras leyes, y las constituciones positivas lo hacen no poco frecuentemente, al prescribir, o excluir ciertos contenidos [...] Más eficaz es, en cambio, excluir por la constitución leyes de determinados contenidos. El típico catálogo de derechos y libertades fundamentales, que es parte integrante de las constituciones modernas, no es, en lo

¹⁶⁹ Ídem., p. 233.

¹⁷⁰ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, obra citada, p. 148.

¹⁷¹ P. CUENCA, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, obra citada, p. 182.

¹⁷² H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, obra citada, p. 315.

esencial, sino una tentativa de impedir que tales leyes puedan producirse”¹⁷³; y en caso de producirse, Kelsen idea el procedimiento para su remedio: “[l]as garantías constitucionales de los derechos y libertades básicos son disposiciones de la constitución que determinan, en forma negativa, el contenido de las leyes, y que prevén un procedimiento mediante el cual las leyes que no se adecuen a esas disposiciones, puedan ser anuladas”¹⁷⁴. Pero al control de constitucionalidad me referiré en el siguiente capítulo. Aquí, interesa reiterar que la tesis del Derecho como sistema normativo dinámico no es indiferente al contenido, pues como señalé la Constitución establece normas que determinan qué órgano y conforme a qué procedimiento, pero también otras que se refieren al contenido y que limitan la competencia de aquel órgano productor. Por ello, conforme a esta tesis una norma es válida en tanto y en la medida en que ha sido producida por el órgano *competente* y conforme al procedimiento adecuado. Este es, pues, el criterio de validez que siguiendo la advertencia de Alchourrón y Bulgin¹⁷⁵ no debe confundirse con el papel de normas de competencia que, en última instancia, hemos asignado a los contenidos materiales. En fin, esta tesis a mi forma de ver las cosas explica la validez en el contexto del Derecho del Estado constitucional. Dicho de otra forma, propongo que el Derecho del Estado constitucional es un sistema normativo dinámico. Primero, porque lo que Kelsen llama Constitución en sentido jurídico-positivo no es más que la Constitución como norma jurídica suprema y rígida que en el capítulo anterior afirmé como uno de los rasgos del Derecho del Estado constitucional. Y segundo, porque si bien es cierto

¹⁷³ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, obra citada, p. 234.

¹⁷⁴ Ídem., p. 153.

¹⁷⁵ C.E. ALCHOURRÓN y E. BULGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, obra citada, pp. 118 y 119: “[s]iguendo la terminología tradicional, llamaremos *válidos* a los enunciados de derecho que los juristas aceptan como admisibles para integrar la base de un sistema jurídico. Para seleccionar los enunciados de la base, los juristas usan ciertos criterios que llamaremos *criterios de identificación*. Los criterios de identificación establecen qué requisitos debe reunir un enunciado de derecho para que sea válido. La noción de validez es, por lo tanto, *relativa* a un criterio o un conjunto de criterios de identificación. Los criterios de identificación comprenden dos clases de reglas: a) *reglas de admisión*, que estipulan las condiciones bajo las cuales un enunciado es válido, y b) *reglas de rechazo*, que establecen cuándo un enunciado de derecho, válido de acuerdo con las reglas de admisión, deja de serlo [...] Las reglas de admisión señalan las distintas *fuentes* de producción del derecho: legislación, jurisprudencia, costumbre, etcétera. Las reglas de rechazo indican las formas en que un enunciado válido puede perder su validez (derogación, desuso, etcétera). Muchas de las controversias entre distintas escuelas jurídicas no se refieren a problemas metodológicos (sistematización), sino a la elección de los criterios de identificación y, por ende, a las fuentes del derecho [...] Las reglas de admisión y las de rechazo *definen*, conjuntamente, la noción de enunciado de derecho válido. Son, por lo tanto, *reglas conceptuales* (definiciones). Esas definiciones adoptan por lo común la forma de *definiciones recursivas*: mediante la sucesiva aplicación de tales reglas se puede, en un número finito de pasos, establecer si un enunciado dado es válido o no (para el criterio en cuestión) [...] Las reglas conceptuales no deben confundirse con las normas de conducta; estas últimas establecen que una conducta es obligatoria, prohibida o permitida. Las reglas conceptuales, en cambio, se limitan a regular el uso de un concepto (o de un término), pero no prohíben ni permiten nada. Hacemos esta advertencia porque en la filosofía del derecho existe cierta tendencia a identificar los criterios de validez con las normas de competencia. Ahora bien, las normas de competencia son (una clase especial de) normas permisivas; son normas de conducta que permiten crear nuevas normas. Los criterios de identificación hacen, a menudo, referencia a las normas de competencia, pero ello no autoriza a confundirlos”.

que esta Constitución establece qué órgano y conforme a qué procedimiento se producen las normas jurídicas, no lo es menos que también contiene otras normas jurídicas que se refieren al contenido y limitan la competencia de aquel órgano. Entre estas otras normas están los contenidos materiales incorporados en la Constitución que, también, en el capítulo anterior concluí que si bien no una novedad sí es innegable su presencia en el Derecho del Estado constitucional. Pero conviene advertir que afirmar que estas normas jurídicas que se refieren al contenido son un límite a la competencia del órgano productor, no quiere decir que funcionen como criterios de validez y que, por tanto, dejemos de hablar de un sistema dinámico. En el capítulo anterior afirmé que si bien es cierto que estos contenidos materiales son un conjunto de exigencias de moral social, no lo es menos que sólo son normas jurídicas a partir del momento en el que el poder constituyente las incorpora en la Constitución. Si esto es así, es posible afirmar que este conjunto de exigencias de moral social no son criterios de validez; tampoco lo son las normas jurídicas a través de las cuales son incorporadas en la Constitución. Estas normas jurídicas no son más que un límite a la competencia del órgano productor y, por ello, es posible seguir hablando de un sistema dinámico. En palabras de Barranco: “[e]n tanto los derechos fundamentales sirvan para determinar la competencia de los órganos encargados de crear y aplicar el derecho, el sistema jurídico puede seguir describiéndose como sistema dinámico”¹⁷⁶. Por ello, es también posible afirmar que si lo que la tesis del Derecho como sistema normativo mixto admite, junto a los dinámicos o formales, son criterios estáticos o materiales de validez entendidos como criterios de moral social, esta tesis no es aceptable. No es aceptable, porque los contenidos materiales incorporados en la Constitución no funcionan como criterios de validez; no son más que normas jurídicas que limitan la competencia del órgano productor y, por ello, insisto, es posible hablar del Derecho como sistema normativo dinámico en el que, siguiendo de nueva cuenta a Barranco: “[l]as normas jurídicas son válidas, en última instancia, porque las crea el órgano competente a través del procedimiento adecuado. A pesar de la importancia que han adquirido en el funcionamiento del Derecho los criterios materiales de validez, éste es, en última instancia, un sistema dinámico en el sentido kelseniano”¹⁷⁷. Si esto es así, es posible resumir que el Derecho del Estado constitucional no es un sistema normativo mixto sino dinámico, en el que una norma es válida en tanto y en la medida en que ha sido producida por el órgano competente conforme al procedimiento adecuado: “[d]e la misma manera que lo que la

¹⁷⁶ M.C. BARRANCO, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, obra citada, p. 243.

¹⁷⁷ M.C. BARRANCO, “Sobre el “método jurídico tradicional” como ficción”, en VV.AA., *El Derecho en red: Estudios en Homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 597-616, en especial p. 615.

convierte en inválida, expulsándola del sistema jurídico, es que el sujeto o autoridad competente así lo declare”¹⁷⁸, como advierte Escudero. Pero a ello me referiré en el siguiente capítulo cuando hable del control de constitucionalidad. Aquí resta por señalar que si el Derecho del Estado constitucional es un sistema normativo dinámico, no hay algo en el positivismo jurídico hartiano que permita suponer que no es capaz de explicarlo. Recuérdesse que, para Hart: “[d]ecir que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema”¹⁷⁹. Por ello, en el Derecho del Estado constitucional la regla de reconocimiento no diría más que una norma es válida en tanto y en la medida en que ha sido producida por el órgano competente conforme al procedimiento adecuado. Esta es, pues, la tesis del Derecho como sistema normativo dinámico. En donde los contenidos materiales incorporados en la Constitución no funcionan como criterios de validez sino como límites a la competencia del órgano productor¹⁸⁰. Hecho que sin duda Hart admite cuando expresa que: “[u]na constitución que efectivamente limita las potestades legislativas de la suprema legislatura del sistema no lo hace (o, en todo caso, no es necesario que lo haga) imponiendo a aquélla el deber de no intentar legislar de ciertas maneras; en lugar de ello establece que tal pretendida legislación será nula. No impone deberes jurídicos sino que establece incompetencias jurídicas. “Límites” no significa aquí la presencia de un *deber* sino la ausencia de potestad jurídica”¹⁸¹. En suma, el positivismo jurídico hartiano es capaz de explicar la tesis del Derecho como sistema normativo dinámico propia del Derecho del Estado constitucional, admitiendo además que los contenidos materiales no son más que límites a la competencia. Límites a los que llama *limitaciones de fondo* y reconoce que han estado presentes en los sistemas jurídicos antes de la segunda mitad del siglo XX, señaladamente en el caso de los

¹⁷⁸ R. ESCUDERO, *Los calificativos del positivismo jurídico: El debate sobre la incorporación de la moral*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 236 y 237.

¹⁷⁹ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho* (1961), trad. de G.R. Carrió, Abeledo-Perrot, 2ª ed., Buenos Aires, 2007, p. 129.

¹⁸⁰ R.A. CARACCILO, “Justificación normativa y pertinencia: Modelos de la decisión judicial” (1988), en *Id.*, *El Derecho desde la Filosofía: Ensayos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 37-69, en especial p. 40, afirma que: “[l]a expresión <competencia> se refiere en forma abreviada al marco normativo que determina las condiciones de <legalidad> de las decisiones institucionales, esto es, el marco que determina quiénes y en qué condiciones están autorizados para emitir normas. Adicionalmente, la noción de individuo <competente> presupone un sistema previo de normas que autorizan la emisión de otras normas”. Sobre los criterios formales y materiales de validez en relación con la decisión judicial, véase R.A. CARACCILO, *Sistema jurídico: Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 87: “[e]l uso paradójico de la noción de legalidad puede explicarse, entonces, por dos funciones que cumple en relación a dimensiones distintas de la práctica de uso de las normas. Mientras que el criterio formal de validez, que se sustenta en el cumplimiento de la obligación de decidir, obra como condición suficiente de *identificación* de las normas judiciales, el criterio material, que apunta a la satisfacción de la obligación de fundamentar el contenido, es un instrumento de *crítica* de las decisiones”.

¹⁸¹ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, obra citada, p. 86.

Estados Unidos. En sus palabras: “[e]ncontramos, sin embargo, ejemplos obvios de limitaciones de fondo en constituciones federales tales como las de Estados Unidos o Australia, donde la división de los poderes entre el gobierno central y los estados miembros, y también ciertos derechos individuales, no pueden ser modificados por los procedimientos ordinarios de legislación. En estos casos una norma sancionada por la legislatura [estatal] o por la legislatura central, que sea incompatible con la división federal de los poderes o con los derechos individuales protegidos de esa manera, o que pretenda modificar una u otros, es susceptible de ser considerada *ultra vires*, y declarada jurídicamente inválida por los tribunales, en la medida en que entre en conflicto con las cláusulas constitucionales. La más famosa de tales limitaciones jurídicas a las potestades legislativas es la Enmienda Quinta de la Constitución de los Estados Unidos”¹⁸². La pregunta, sin embargo, es si el positivismo jurídico hartiano ofrece o no la mejor explicación de la validez en el contexto del Derecho del Estado constitucional. En los apartados anteriores afirmé que convenía distinguir entre validez de las normas jurídicas y validez del ordenamiento jurídico en su conjunto. Señalé también que en relación con lo primero era posible construir un concepto positivista de validez jurídica que para Kelsen estaba compuesto, por una parte, por la existencia específica u obligatoriedad de la norma y, por otra, por su pertenencia al sistema jurídico. Si esto es así, conviene contrastar estas ideas con el positivismo jurídico hartiano. Recuérdese que, en la teoría de Hart, una sociedad que estuviera gobernada sólo por reglas primarias se enfrentaría a tres problemas; el remedio para uno de ellos (la falta de certeza) es la introducción de una regla secundaria llamada regla de reconocimiento (*rule of recognition*). Téngase presente además, que la regla de reconocimiento “especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce”¹⁸³. De aquí se sigue que para Hart si bien es cierto que validez es pertenencia de la norma jurídica al sistema, no lo es menos que también se traduce en obligatoriedad¹⁸⁴. En fin, Hart sostiene una teoría sistemática de la validez que afirma que esta no es más que

¹⁸² Ídem., pp. 89 y 90.

¹⁸³ Ídem., p. 117.

¹⁸⁴ R.A. CARACCILO, “Sistema jurídico y regla de reconocimiento”, *Doxa*, núm. 9, 1991, pp. 295-309, en especial pp. 299 y 300, explica esta idea distinguiendo entre validez y criterio de validez: “[d]esde el punto de vista interno, una norma <válida> N no es, simplemente, aquella que satisface un criterio de pertenencia, sino además, una norma que debe ser obedecida, si se trata de una norma primaria. Entonces, un <criterio de validez>, no es sólo un criterio de identificación, sino además, *el fundamento* de la validez de N, esto es, la razón por la cual N debe ser obedecida [...] Por un lado, <validez> significa pertenencia a un sistema, y <criterio de validez> la definición de la relación de pertenencia, por el otro, significan obligatoriedad y fundamento de obligatoriedad respectivamente”. Este texto se publicó posteriormente en R.A. CARACCILO, “Sistema jurídico y regla de reconocimiento” (1991), en *Id.*, *El Derecho desde la Filosofía...*, obra citada, pp. 81-95.

pertenencia, pero sin desconocer el hecho de que la validez de una norma comprende su obligatoriedad o, lo que es lo mismo, que está sustentada por la presión social del grupo. Si esto es así, podemos resumir que el problema de la validez jurídica planteado en el primer apartado de este capítulo se resuelve al decir que el concepto positivista afirma que validez es pertenencia ¹⁸⁵ y, en última instancia, obligatoriedad de la norma jurídica. De este modo, no habría algo que en relación con la validez de las normas jurídicas permitiera suponer una diferencia fuerte entre las teorías de Kelsen y Hart. Sin embargo, a mi forma de ver las cosas, por encima de la teoría de Kelsen, el positivismo jurídico hartiano se muestra como la mejor explicación de la validez del Derecho del Estado constitucional si atendemos a la validez del ordenamiento jurídico en su conjunto. Esto es así, puesto que en mi opinión explicar el último fundamento de validez del Derecho del Estado constitucional a partir de una norma presupuesta, como lo hace Kelsen, no es admisible. Fariñas, por ejemplo, argumenta que “carece de sentido presuponer una “[n]orma [f]undamental” si no existe previamente un orden jurídico eficaz, cuya validez es necesario fundamentar, para que la ciencia jurídica pueda describir y explicar dicho orden existente” ¹⁸⁶. Esta misma crítica se aplica a la función de dotar al Derecho de la idea de sistema a través de la norma fundamental, pues: “[c]abría preguntarse, entonces, cómo es posible que se utilice la *Grundnorm* como criterio de identificación de las normas que pertenecen a un mismo orden jurídico, si aquella norma sólo se presupone, cuando se parte de la previa existencia del propio sistema, esto es, de todas y

¹⁸⁵ Aunque también se ha entendido como aplicabilidad. En este sentido, véase J.J. MORESO, “La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables”, en VV.AA., *Los desacuerdos en el Derecho*, obra citada, pp. 49-86, en especial p. 71: “[e]n la teoría del derecho positivista, se distingue algunas veces entre dos sentidos de *validez*: validez como *pertenencia* y validez como *aplicabilidad*. Una norma es válida, en el sentido de que pertenece a un sistema jurídico S, si y sólo si es identificada como miembro de S por los criterios de la regla de reconocimiento de S. Una norma es válida, en el sentido de que es aplicable a un caso, si y sólo si existe otra norma, que es miembro de S, que autoriza u obliga a los órganos de aplicación de S a aplicarla a ese caso”. Moreso cita a J. Raz y su ejemplo del derecho extranjero que es válido (por aplicable) aunque no forma parte del sistema jurídico nacional. Sin embargo, no estoy de acuerdo con esta tesis. En mi opinión, como sostuve, validez es pertenencia. A este respecto, parafraseando a F.J. ANSUÁTEGUI, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho...*, obra citada, p. 349: “Kelsen tenía razón, una vez más”. En efecto, hablando del conflicto de leyes, H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, obra citada, pp. 289 y 290, afirma: “[e]l aspecto esencial de tal problema parece ser la aplicación de la ley de un Estado por los órganos de otro. Pero si el órgano de un Estado, ligado por el derecho de éste, aplica a un caso concreto la norma de un derecho extranjero, el precepto aplicado por tal órgano se convierte en norma del orden jurídico del Estado cuyo órgano lo aplica [...] El órgano de un Estado, especialmente un tribunal, está en condiciones de aplicar un precepto de derecho de otro Estado sólo cuando el derecho de su Estado lo obliga a ello, es decir, cuando tal obligación puede referirse en última instancia a la constitución escrita o no escrita del Estado propio del órgano. La norma aplicada por el órgano pertenece a la esfera de validez del derecho del Estado en cuestión, sólo cuando su aplicación se encuentra prescrita por tal derecho. Con referencia a su razón de validez, es una norma del sistema jurídico de dicho Estado. La regla que obliga a los tribunales de un Estado a aplicar, en determinados casos, normas de un derecho extranjero, produce el efecto de incorporar esas normas al derecho nacional [...] La de un derecho extranjero aplicada por el órgano de un Estado, sólo es “extranjera” respecto de su contenido. Respecto a la razón de su validez, es una norma del Estado cuyo órgano está obligado a aplicarla”.

¹⁸⁶ M.J. FARIÑAS, *El problema de la validez jurídica*, obra citada, p. 77.

cada una de las normas que pertenecen al sistema jurídico en cuestión”¹⁸⁷. A mi forma de ver las cosas a diferencia de una norma presupuesta, una mejor explicación es aquella que afirma que para que el Derecho exista debe haber alguna forma de práctica social que incluya a los jueces y a los ciudadanos ordinarios. Esta práctica social no es más que la regla de reconocimiento. Regla de reconocimiento que si bien es cierto que no se confunde con la Constitución, no lo es menos que sí proporciona la mejor explicación de ella. Esta es la tesis de J.A. García Amado quien, además de ofrecernos un argumento más para rechazar la norma presupuesta de Kelsen, afirma que: “[l]a constitución no es la regla de reconocimiento. La constitución es derecho porque es acorde con la regla de reconocimiento. Lo cual, si no queremos caer en las aporías u oscuridades de la idea kelseniana de norma hipotética fundamental, sólo puede leerse así: la constitución es constitución jurídica, es derecho y cúspide del sistema jurídico, porque así es socialmente reconocida. La constitución es, jurídicamente, constitución porque los ciudadanos y los operadores jurídicos creen que lo es y obran en consecuencia; en otras palabras, porque está funcionando ese hecho del reconocimiento al que se llama regla de reconocimiento”¹⁸⁸. Qué duda cabe de que, como lo admite Hart, la idea de la norma fundante “tiene obviamente cierta afinidad con la de la [r]egla de [r]econocimiento. Pero la última no es, como lo es la [n]orma [f]undamental de Kelsen, un mero postulado o hipótesis de la teoría del derecho sino que tiene la naturaleza de una regla consuetudinaria realmente seguida por las agencias de aplicación (*law-enforcing agencies*) del sistema jurídico”¹⁸⁹. Además, conviene advertir que si bien es cierto que la norma fundante de Kelsen y la regla de reconocimiento de Hart cumplen la misma función, esto es, contener los criterios últimos de validez y a partir de ahí dotar al Derecho de la idea de sistema, no lo es menos que en el camino de presentarse como un análisis de la estructura de cualquier sistema jurídico se advierte como una mejor explicación hablar de una práctica social aceptada en forma voluntaria que de una hipótesis o norma pensada. Es cierto, sin embargo, que la propuesta de que el Derecho del Estado constitucional es un sistema normativo dinámico se elaboró a partir del positivismo jurídico kelseniano; pero fuera de discusión está, también, que el positivismo jurídico hartiano ofrece la mejor explicación de la validez en el contexto del Derecho del Estado constitucional, si admitimos la idea de una práctica social, por encima de una hipótesis. Está fuera de discusión además porque, por una parte, teorías no positivistas como la de Dworkin hacen depender la validez de las normas del

¹⁸⁷ Ídem., p. 79.

¹⁸⁸ J.A. GARCÍA, “Positivismo jurídico”, en VV.AA., *Derecho y moral...*, obra citada, pp. 244 y 245.

¹⁸⁹ H.L.A. HART, *El nuevo desafío del positivismo jurídico*, obra citada, p. 7.

sistema jurídico de principios de moral ideal que, como he insistido en esta investigación, no son admisibles para un teórico del Derecho; y por otra, porque el “gran descubrimiento”¹⁹⁰ como le llama M. Atienza, de teorías neoconstitucionalistas como la de Ferrajoli es introducir un término que, en última instancia, no aporta algo a la explicación. Si esto es así, la conclusión de este capítulo es que aquel argumento que, a partir de la premisa de que los contenidos materiales incorporados en la Constitución funcionan como criterios de validez, afirma que el positivismo jurídico, en general, es incapaz de explicar la validez en el contexto del Derecho del Estado constitucional, no es acertado. No es acertado, porque no tiene objeto, ya que el Derecho del Estado constitucional no es un sistema normativo mixto, sino dinámico, en el que una norma es válida en tanto y en la medida en que ha sido producida por el órgano competente conforme al procedimiento adecuado. Si concedemos que esto es así, el positivismo jurídico hartiano no sólo se muestra resistente frente a este argumento, sino que además ofrece la mejor explicación de la validez en el contexto del Derecho del Estado constitucional puesto que, por una parte, la regla de reconocimiento admitiría esta formulación y, por otra, no habría algo en otras teorías positivistas, no positivistas o neoconstitucionalistas que supusiera un avance al respecto. Sin embargo, un tercer y último argumento ha sido tradicionalmente esgrimido para sostener la imposibilidad del positivismo jurídico, en general, para explicar el Derecho del Estado constitucional. Me refiero al papel del juez. Este será el objeto de los siguientes capítulos.

¹⁹⁰ M. ATIENZA, “Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico”, en VV.AA., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, obra citada, p. 140.

CAPÍTULO III

El papel del juez en el Derecho del Estado constitucional (I):

sobre el control de constitucionalidad y la interpretación de la Constitución

En el capítulo anterior afirmé que el Derecho del Estado constitucional es un sistema normativo dinámico. Por ello, señalé también que el segundo argumento del neoconstitucionalismo que sostiene su carácter mixto es falso. Pero se ha esgrimido un tercer argumento que sostiene que el positivismo jurídico, en general, es incapaz de explicar el papel del juez en el Derecho del Estado constitucional. Este argumento tiene como premisa la incorporación en la Constitución de contenidos materiales. De este modo, una primera forma de enunciarlo es que el positivismo jurídico es incapaz de explicar el papel del juez porque la incorporación de aquellos contenidos supuso un cambio en la práctica jurisprudencial. El juez, se dice, requiere de nuevos mecanismos de interpretación para aplicar a los casos concretos, los valores, principios y derechos fundamentales presentes en la Constitución ¹⁹¹. Este cambio en la práctica jurisprudencial presupone que la interpretación de la Constitución difiere de la interpretación de la ley. Esta tesis, que a la sazón es una segunda forma de enunciar el argumento, es sostenida por el “neoconstitucionalismo teórico” ¹⁹². El objeto de este y el siguiente capítulo es determinar si el positivismo jurídico hartiano se muestra o no resistente frente a este argumento y, en su caso, si se ha ofrecido o no una mejor explicación del papel del juez en el Derecho del Estado constitucional. Sin embargo, creo que lo primero que conviene analizar es el control de constitucionalidad, pues desde estas coordenadas se ha ensayado un tercer enunciado del argumento en cuestión. De este modo, C. Orunesu se pregunta si: “¿[e]s necesario un acercamiento teórico diferente del positivismo jurídico para

¹⁹¹ En este sentido, véase M. CARBONELL, “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo...*, obra citada, p. 10: “[e]n parte como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando también de forma relevante. Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo [...] [Además] los jueces se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con <valores> que están constitucionalizados y que requieren una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos”.

¹⁹² Al respecto, véase P. COMANDUCCI, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en VV.AA., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, obra citada, p. 92. El “neoconstitucionalismo teórico” se caracteriza “por centrar su propio análisis en la estructura y en el papel que, en los sistemas jurídicos contemporáneos, asume el documento constitucional”. Así entendido: “[u]no de los rasgos distintivos del neoconstitucionalismo teórico (distintivos respecto a la teoría iuspositivista tradicional) es sin duda la tesis según la cual la interpretación constitucional, como consecuencia del proceso de constitucionalización del derecho, presenta hoy, de hecho, algunas características peculiares respecto a la interpretación de la ley” (p. 93).

poder dar cuenta del funcionamiento de los sistemas jurídicos y, en especial, del control de constitucionalidad, tal como se presentan en la actualidad en las democracias constitucionales?”¹⁹³. En fin, como se acaba de decir el primer apartado de este capítulo se dedicará al control de constitucionalidad.

1. El control de constitucionalidad

En la introducción afirmé que mi propósito no era participar en el debate sobre la relación entre Estado constitucional y Estado de Derecho. Señalé que, en cambio, era suficiente mostrar los rasgos a partir de los cuales han sido formulados argumentos para sostener la imposibilidad del positivismo jurídico, en general, para explicar el Derecho del Estado constitucional. Por ello, si uno de estos argumentos se pregunta sobre la necesidad o no de un acercamiento teórico diferente al positivista para explicar el control de constitucionalidad, creo que está justificado detenerme a mostrar en qué consiste este aparente rasgo del Derecho del Estado constitucional. De este modo, quizás lo primero que convenga advertir es que, en efecto, existe cierto consenso entre los autores¹⁹⁴ sobre la idea de que uno de los rasgos del Derecho del Estado constitucional es la existencia de un control de constitucionalidad. Está fuera de discusión también que como señala Barranco, desde un punto de vista jurídico, este control se traduce en la consolidación de la capacidad de un órgano de características jurisdiccionales para invalidar una ley¹⁹⁵, por su no conformidad con la Constitución. Guastini estaría de acuerdo con esta afirmación, pues para él la “inconstitucionalidad es un caso particular de invalidez: es la invalidez que deriva de la no-conformidad de una norma con la constitución”¹⁹⁶. Barranco explica además que si la norma constitucional vincula a los

¹⁹³ C. ORUNESU, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, obra citada, p. 16.

¹⁹⁴ En este sentido, véanse R. de ASÍS, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, obra citada, pp. 90 y 91; M. GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo* (1977), Alianza, 2ª ed., 1ª reimp., Madrid, 1987, pp. 65 y 94; L. PRIETO, *Constitucionalismo y Positivismo*, obra citada, p. 15; *Id.*, *Ley, principios, derechos*, obra citada, pp. 32 y 33; y R. SÁNCHEZ, *El Estado constitucional: Configuración histórica y jurídica. Organización funcional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, p. 111.

¹⁹⁵ Al respecto, véanse M.C. BARRANCO, “Decisión judicial y garantías del Estado constitucional”, en VV.AA., *Estado constitucional y derechos fundamentales*, obra citada, pp. 79-99, en especial p. 95; *Id.*, *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 123; *Id.*, “Los contenidos materiales de las Constituciones y la posibilidad de un constitucionalismo positivista”, en VV.AA., *El positivismo jurídico a examen...*, obra citada, p. 345; e *Id.*, “Sobre el “método jurídico tradicional” como ficción”, en VV.AA., *El Derecho en red...*, obra citada, p. 616.

¹⁹⁶ R. GUASTINI, *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de J. Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 323.

poderes públicos, la previsión de dicho control de constitucionalidad es la garantía del sometimiento de aquellos a la Constitución ¹⁹⁷. Por otra parte, en relación con el origen del control de constitucionalidad es posible afirmar con J. Dorado que: “[e]l control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, aunque presenta algunos antecedentes históricos, no cobra un sentido pleno hasta el establecimiento del Estado de Derecho [...] que surge de las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII” ¹⁹⁸. Después de citar la fórmula del Estado de Derecho de E. Díaz, Dorado señala que el constitucionalismo fue el movimiento a través del cual se trató de realizar aquel modelo; pero advierte también que, según se avanzó en el capítulo primero, la vinculatoriedad de la Constitución y de los derechos en ella incluidos no tendrá el mismo significado en América y en Europa “debido tanto a las peculiares circunstancias socio-políticas que habían dado lugar a las revoluciones como a las construcciones intelectuales de carácter político-jurídico en que debido a estas condiciones se asentará el Estado de Derecho en uno y otro continente” ¹⁹⁹. De este modo, no debe perderse de vista que la revolución en Estados Unidos tuvo su origen en la opresión de las colonias por parte del Parlamento inglés. Así, los colonos seguirán la tesis del juez Coke sobre la existencia de un “*higher law*”, esto es, un Derecho superior que supedita la validez de la ley a su adecuación a aquel. Recuérdese que esta tesis fue sostenida por Coke en 1610 al resolver el “*Bonham’s case*”. Tesis que, como se acaba de decir, afirma que el *common law* controla los actos del Parlamento, declarándolos nulos si los encuentra contrarios a la común y recta razón que no es otra cosa más que la Carta Magna, que es custodiada por los jueces. A partir de esta idea, pues, “los colonos americanos utilizarán la idea de la Carta Magna como un derecho que ni siquiera el parlamento puede contradecir y cuyo cumplimiento es encargado a los jueces, para justificar, junto con la idea lockeana de los límites del poder legislativo y del derecho a la rebelión en caso de incumplimiento de los mismos, el levantamiento contra el Parlamento inglés y la lucha por la independencia. Cuando ésta se consigue, los americanos, conscientes de que el parlamento también puede ser fuente de opresión y tiranía, elaborarán, conforme a la tesis de COKE, un derecho superior al del parlamento y que éste ha de respetar: la Constitución” ²⁰⁰. No es mi propósito analizar la independencia de los Estados Unidos ni la Constitución americana; lo que quiero poner de manifiesto, en cambio, es que el control de constitucionalidad tuvo su origen en una tesis sostenida en el siglo XVII; aunque como

¹⁹⁷ En este sentido, véase M.C. BARRANCO, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, obra citada, p. 298.

¹⁹⁸ J. DORADO, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos: Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 1.

¹⁹⁹ Ídem., p. 2.

²⁰⁰ Ídem., p. 3.

reconoce Dorado: “[l]as ideas del juez COKE sobre el control por los jueces de las leyes conforme un derecho superior a éstas no tendrá éxito en Inglaterra ya que a partir de la <gloriosa revolución> de 1688 se impondrán las tesis de BLACKSTONE de la supremacía parlamentaria” ²⁰¹. Por ello, de un control de constitucionalidad propiamente dicho sólo podemos hablar a partir del siglo XIX en los Estados Unidos a raíz del caso *Marbury vs. Madison*. Efectivamente, L.L. Hierro advierte que es necesario remontarnos a “la sentencia *Marbury v. Madison* en la que el juez Marshall, en 1803, decidió que correspondía a los Tribunales el control de la constitucionalidad de las leyes lo que implicaba asumir que la Constitución era una norma que, de forma efectiva, limitaba las competencias normativas del Congreso” ²⁰². En el ámbito continental europeo, en cambio, Hierro señala que la idea del control de constitucionalidad se desarrolló en la teoría de H. Kelsen, quien propuso una jurisdicción constitucional concentrada en la Constitución de Austria de 1920 ²⁰³, que tras la Segunda Guerra Mundial se generalizó en el resto de las Constituciones europeas. Por ello, M. Fioravanti afirma que “estas mismas constituciones se proponen, frente al estatalismo liberal decimonónico, como constituciones rígidas protegidas por procedimientos particulares de revisión y reforzadas por una difusión progresiva del control de constitucionalidad, organizado de manera distinta que el estadounidense difuso” ²⁰⁴. No voy a detenerme aquí en la distinción entre control concentrado y control difuso de constitucionalidad ²⁰⁵. Pero a partir

²⁰¹ *Ibidem*.

²⁰² L.L. HIERRO, *Estado de Derecho...*, obra citada, p. 34. En este sentido, P. LUCAS VERDÚ, *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, p. 43: “[e]n el famoso caso de *MARBURY v. MADISON* (1803) [...] el *Chief Justice* MARSHALL interpretando el artículo 3º, sección 2ª [...] afirma el derecho del Tribunal Supremo a declarar una ley sin efectos cuando sea anticonstitucional. MARSHALL parte, lógicamente, de la supremacía de la Constitución. Si los jueces deben declarar el derecho, están obligados también a señalar qué leyes son anticonstitucionales y, consiguientemente, anularlas”. Por su parte, L. PRIETO, “El constitucionalismo de los derechos” (2004), en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo...*, obra citada, p. 214, coincide en que el control de constitucionalidad es una idea que estuvo presente en los Estados Unidos, y para ello refiere también aquella conocida sentencia de principios del siglo XIX.

²⁰³ N. BOBBIO, “Estructura y función en la teoría del Derecho de Kelsen” (1973), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho* (1979), traducción y edición de A. Ruiz Miguel, Debate, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 235-254, en especial p. 249: “[a]l final de la guerra [Primera Guerra Mundial] Kelsen fue llamado por el canciller del gobierno provisional austríaco, Karl Renner, para colaborar en la redacción definitiva de la constitución de la nueva República, que fue aprobada el primero de octubre de 1920. Como es bien sabido, a su contribución personal se debió la innovación histórica más significativa de aquella constitución, la institución de un tribunal supremo llamado a controlar la legitimidad de las leyes ordinarias”.

²⁰⁴ M. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales...*, obra citada, p. 127.

²⁰⁵ Al respecto, véase R. GUASTINI, *Distinguiendo...*, obra citada, p. 344: “[e]n el ordenamiento italiano vigente, las declaraciones de ilegitimidad constitucional –las sentencias constitucionales llamadas “estimatorias”– tienen eficacia general, *erga omnes*. Por tanto, toda norma declarada constitucionalmente ilegítima es positiva y definitivamente expulsada del ordenamiento, sustraída del conjunto de las normas “existentes” en el ordenamiento. El conjunto de las normas (legislativas) inválidas es pues, aunque amplio, cognoscible: se obtiene del conjunto de las sentencias constitucionales estimatorias”. Pero no debe perderse de vista que “existen también otros ordenamientos en los que el conjunto de las normas inválidas es incognoscible. Me refiero [afirma Guastini] a todos los ordenamientos –como el norteamericano– en los que el control de

de esta cita de Fioravanti, sí conviene recordar cómo L. Ferrajoli explicaba la rigidez de la Constitución en función del control de constitucionalidad. Hablando de la Constitución italiana de 1948, Ferrajoli señala que “se trata de una constitución *rígida* en un doble sentido: la modificación de sus normas sólo es posible a través de procedimientos especiales que excluyen su derogación implícita por parte de las leyes ordinarias contradictorias con ella, y, a su vez, estas leyes, a solicitud de los jueces encargados de aplicarlas, pueden ser anuladas mediante la declaración de su inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional” ²⁰⁶. A. Pérez Calvo admite que la rigidez de la Constitución se explica también por el control de constitucionalidad y, a la vez, insiste en la autoría de los Estados Unidos respecto de esta última idea; aunque como se acaba de decir, sabemos que su origen se remonta a una tesis inglesa del siglo XVII. De este modo, expresa que “el carácter rígido, por sí solo no garantiza la integridad de la Constitución que podría ser violada por una ley ordinaria. En Estados Unidos, este mismo problema fue subsanado por la doctrina del *judicial review* [...] En Europa se va a seguir un camino similar” ²⁰⁷, que no es otro más que el control de constitucionalidad. Aunque no debe perderse de vista que, como nos recuerda Kelsen, sin la rigidez de la Constitución es inútil hablar del control de constitucionalidad. En sus palabras: “[l]a regulación del contenido de la legislación futura por la constitución es una técnica que únicamente tiene significación jurídica cuando los cambios constitucionales deben efectuarse de acuerdo con un procedimiento especial, distinto de la rutina legislativa ordinaria. Sólo entonces es “inconstitucional” una ley que no se ajusta a la constitución, y sólo entonces su “inconstitucionalidad” puede tener consecuencias de derecho” ²⁰⁸. Si esto es así, no hemos más que reforzado lo dicho en el capítulo primero en el sentido de que la supremacía constitucional se explica por varios factores, entre ellos, la rigidez de la Constitución y el control de constitucionalidad. Por otra parte, si como se mencionó líneas atrás, en el ámbito continental europeo el control de constitucionalidad se desarrolló en la teoría de Kelsen, creo que convendría detenernos a analizar su pensamiento, a fin de avanzar en el estudio de esta idea. Además, dicho análisis está justificado, por una parte, si atendemos las palabras de Ansuátegui cuando afirma que: “[e]s evidente que tomarse en serio la constitución como norma superior del ordenamiento jurídico, directamente aplicable y vinculante respecto a todos (poderes e individuos), supone la necesidad de establecer mecanismos jurisdiccionales

legitimidad constitucional de las leyes es ejercido de forma difusa por los jueces “comunes”, cuyas decisiones de ilegitimidad constitucional tienen efectos circunscritos al caso decidido” (p. 345).

²⁰⁶ L. FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, obra citada, p. 695.

²⁰⁷ A. PÉREZ, *El Estado constitucional español*, obra citada, p. 88.

²⁰⁸ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, obra citada, p. 311.

de control de constitucionalidad [...] y en ese sentido se entiende en nuestro siglo la aportación kelseniana en relación con los mecanismos de control de constitucionalidad”²⁰⁹; y por otra, si admitimos con Prieto que “el procedimiento ideado por Kelsen para garantizar el funcionamiento regular de los órganos jurídicos y, en concreto, la prevalencia de la ley sobre cualquier otra consideración en el proceso de decisión judicial, será precisamente la instauración de un juez <ad hoc> encargado de fiscalizar la constitucionalidad de las leyes”²¹⁰. En fin, en las siguientes líneas me referiré al control de constitucionalidad en la teoría de Kelsen. Pero quizás lo primero que convenga advertir es que para Kelsen, la única forma de garantizar la aplicación de las normas constitucionales sobre legislación es a través del establecimiento de un órgano distinto al legislador que tenga a su cargo el control de constitucionalidad. De esta forma, Kelsen afirma que: “[p]uede existir un órgano especial establecido para este fin, por ejemplo, un tribunal especial, el llamado “tribunal constitucional”; o bien el control de la constitucionalidad de las leyes, la llamada “revisión judicial”, puede encomendarse a los tribunales ordinarios y, especialmente, a la [Corte Suprema] El órgano revisor puede estar facultado para abolir completamente la ley “inconstitucional”, de manera que no pueda ser ya aplicada por ningún otro órgano”²¹¹ o bien, anularla para el caso concreto. De este modo, Kelsen habla de la importancia de establecer un órgano que ejerza el control de constitucionalidad, pero al mismo tiempo se refiere a los distintos efectos que puede tener dicho control si es concentrado o bien, difuso. Si esto es así, conviene preguntarnos ahora qué es el control de constitucionalidad.

En el capítulo primero afirmé que aunque no es una novedad del Derecho del Estado constitucional, sí es innegable que las Constituciones incorporan contenidos materiales. Señalé también que estos contenidos materiales son valores, principios y derechos fundamentales que no son más que normas jurídicas presentes en la Constitución. En el capítulo anterior sostuve que el Derecho del Estado constitucional es un sistema normativo dinámico, en el que una norma es válida en tanto y en la medida en que ha sido producida por el órgano competente conforme al procedimiento adecuado. Y concluí además que aquellos contenidos materiales no funcionan como criterios de validez, sino como límites a la competencia del órgano productor. Esta última idea es sostenida por Kelsen en la segunda edición de *Teoría pura del Derecho* cuando expresa que “los denominados derechos y

²⁰⁹ F.J. ANSUÁTEGUI, “Estado de Derecho, crisis de la ley y Estado constitucional”, en VV.AA., *Estado constitucional y derechos fundamentales*, obra citada, p. 11.

²¹⁰ L. PRIETO, *Ideología e interpretación jurídica*, obra citada, pp. 77 y 78.

²¹¹ H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, obra citada, p. 186.

libertades constitucionalmente garantizados *tienen* un especial significado político. Se trata, en ellos, de disposiciones constitucionales mediante las cuales se limita la competencia del órgano legislativo, de manera que éste no es facultado en absoluto, o sólo lo es bajo condiciones más graves, para dictar normas que obliguen o prohíban a los hombres conductas de determinada especie, como el ejercicio del culto religioso, la expresión de opiniones y parecidas” ²¹². Si esto es así, lo que interesa ahora es determinar, por una parte, qué se quiere decir cuando se afirma que los contenidos materiales incorporados en la Constitución funcionan como límites a la competencia del órgano productor; y por otra, cuál es el efecto de sobrepasar dichos límites. Kelsen explica que los contenidos materiales incorporados en la Constitución (sin usar esta expresión) se entienden como “prohibiciones” al legislador de vulnerar a través de las leyes, por ejemplo, la igualdad o la libertad, es decir, suprimirlas o limitarlas de algún modo. “Pero esas “prohibiciones”, en lo principal [señala Kelsen] no consisten en imponer al órgano legislativo la obligación jurídica de no dictar tales leyes, sino se reducen a que esas leyes, si hubieran sido promulgadas puedan ser derogadas por “inconstitucionales” mediante un procedimiento especial previsto a ese efecto” ²¹³, que no es otro más que el control de constitucionalidad. En suma, para Kelsen: “[l]as garantías constitucionales de los derechos y libertades básicos son disposiciones de la constitución que determinan, en forma negativa, el contenido de las leyes, y que prevén un procedimiento mediante el cual las leyes que no se adecuen a esas disposiciones, puedan ser anuladas” ²¹⁴. De este modo, conviene insistir en que si el órgano productor crea una norma sobrepasando los límites de su competencia en que, dicho sea de paso, se traducen los contenidos materiales incorporados en la Constitución, el efecto para Kelsen del control de constitucionalidad es la anulabilidad de la norma en cuestión. Y para Kelsen: “[a]nular una norma quiere decir privar a un acto, cuyo contenido subjetivo es una norma, del sentido objetivo que le da una norma; lo que equivale a decir: a poner término a la *validez* de esa norma mediante otra norma” ²¹⁵. Si esto es así, qué duda cabe de que así como para Barranco y Guastini según lo dicho líneas atrás, para Kelsen la inconstitucionalidad de una norma no es más que su invalidez (a la que llama anulabilidad) por su no conformidad con la Constitución. También conviene advertir que para Kelsen la expresión “ley inconstitucional” es una contradicción, porque una ley sólo puede ser válida si está de acuerdo con la Constitución. Desde *Teoría General del Derecho y del Estado*, Kelsen se pronunció sobre ello al decir que: “[l]a afirmación corriente de que una

²¹² H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, obra citada, p. 57.

²¹³ Ídem., p. 152.

²¹⁴ Ídem.

²¹⁵ Ídem., p. 274.

“ley inconstitucional” es nula, carece de sentido, en cuanto una ley nula no es tal ley. Una norma no válida, es una no existente, es la nada jurídica [...] Lo que aquella expresión significa es que una ley puede, por alguna razón especial, ser anulada, de acuerdo con la constitución, en forma distinta de la ordinaria” ²¹⁶. Kelsen reitera estas ideas en la segunda edición de *Teoría pura del Derecho*, cuando afirma que: “[d]e una ley inválida no podría sostenerse que es inconstitucional, puesto que ley inválida no es ley alguna, siendo jurídicamente inexistente, sin que sobre ella sea posible formular ningún enunciado jurídico” ²¹⁷. De cualquier forma, Kelsen en esta obra admite también que: “[s]i la afirmación corriente en la jurisprudencia tradicional sobre una *ley inconstitucional*, puede tener algún sentido jurídico posible, no habría que tomarlo al pie de la letra. Su significado sólo puede ser que la ley en cuestión puede ser derogada, conforme a la constitución, no sólo por el procedimiento acostumbrado, es decir, mediante otra ley de acuerdo con el principio *lex posterior derogat priori*, sino mediante un procedimiento especial previsto por la constitución. Mientras no sea derogada, tiene que ser considerada válida, y mientras sea válida, no puede ser inconstitucional” ²¹⁸. En el fondo, la explicación de estas ideas en la teoría de Kelsen no es otra cosa más que la tesis de la cláusula alternativa tácita. Tesis que, en palabras de A. García Figueroa, afirma que “las disposiciones constitucionales que regulan la legislación tienen el carácter de disposiciones alternativas. La constitución contiene una regulación directa y una indirecta, de la legislación, teniendo el órgano legislativo la elección entre ambas” ²¹⁹. Esto significa que el órgano productor puede crear una norma conforme o no con la Constitución, pero en este último caso, para Kelsen, la norma es anulable y no nula; porque esta será válida hasta en tanto el órgano habilitado no declare su inconstitucionalidad (invalidez). En fin para Kelsen, así como una norma es válida en tanto y en la medida en que ha sido producida por el órgano competente conforme al procedimiento adecuado, también la invalidez de una norma

²¹⁶ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, obra citada, p. 185. En esta obra, Kelsen avanza la idea de un órgano habilitado para “anular” una ley no conforme con la Constitución, pero también prevé el supuesto en que la Constitución no lo establezca: “[s]i la constitución prescribe la observancia de determinado procedimiento para la elaboración de las leyes y establece también ciertas reglas en relación con el contenido de los preceptos legales, debe prever la posibilidad de que, algunas veces, el legislador no siga tales prescripciones. La constitución puede entonces designar el órgano encargado de decidir si fueron o no observadas las prescripciones reguladoras de la función legislativa. Si tal órgano es distinto del legislativo, representa una autoridad por encima del propio legislador, cosa que puede ser políticamente indeseable, sobre todo si este órgano tiene la facultad de anular una ley, que considere inconstitucional. Si ningún órgano diferente del legislativo es llamado a inquirir sobre la constitucionalidad de las leyes, el problema de si un precepto es o no constitucional, únicamente puede ser resuelto por el legislador mismo. Entonces, todo aquello que el órgano legislativo considere como ley tendrá que ser aceptado como tal en el sentido que la constitución da a la palabra. En este caso, ninguna ley expedida por el órgano legislativo podrá ser considerada como “inconstitucional”” (Ibídem).

²¹⁷ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, obra citada, p. 277.

²¹⁸ Ibídem.

²¹⁹ A. GARCÍA, *Principios y positivismo jurídico...*, obra citada, p. 90.

depende del pronunciamiento de un órgano competente conforme al procedimiento adecuado, que no es otro más que el órgano de características jurisdiccionales habilitado para ejercer el control de constitucionalidad; y así la invalidez (inconstitucionalidad) de una norma depende de dicho pronunciamiento. El sistema jurídico determina el principio y fin de la validez de una norma, y esto no es más que el principio de legitimidad que Kelsen expresó desde *Teoría General del Derecho y del Estado*, cuando afirmó que: “[l]a validez de las normas jurídicas puede ser limitada en el tiempo, y es importante advertir que el principio, lo mismo que el fin de tal validez, encuéntrase determinados únicamente por el orden al cual las normas pertenecen. Permanecen válidas mientras no son derogadas en la forma que el mismo orden jurídico determine. Este es el principio de legitimidad” ²²⁰. En suma, la tesis de la cláusula alternativa tácita pretende rechazar la nulidad *ab initio* de las normas, explicando que es posible hablar de su validez hasta en tanto no sean anuladas. Permítaseme explicarlo con un ejemplo. En el momento *t1*, una norma *N* es válida por haber sido creada por *O1* que es el órgano competente quien siguió el procedimiento adecuado para ello. En el momento *t2*, *N* es declarada inválida (inconstitucional) por *O2*, que es el órgano de características jurisdiccionales habilitado para ejercer el control de constitucionalidad, por considerar que *O1* traspasó los límites de su competencia o bien, no siguió el procedimiento adecuado. Lo que la tesis afirma es que desde *t1*, *N* es válida y sigue siéndolo hasta *t2*, momento en el que *O2* la anula, es decir, declara su invalidez (inconstitucionalidad). El presupuesto de esta conclusión no es otro más que el carácter alternativo de las normas constitucionales que, desde *Teoría General del Derecho y del Estado*, Kelsen avanzó cuando afirma que “los preceptos de la constitución relativos al procedimiento legislativo y al contenido de las leyes futuras, no significan que las leyes puedan ser creadas únicamente en la forma y con el alcance señalados por la constitución. Esta faculta al legislador a crear leyes en otra forma, y también con otro contenido. La constitución autoriza al legislador a determinar, en vez de la constitución misma, el procedimiento legislativo y el contenido de las leyes, con tal de que el legislador considere deseable no aplicar las prescripciones positivas de la constitución [...] Si una ley promulgada por el órgano legislativo se considera válida aun cuando haya sido creada en forma distinta de la prescrita por la constitución, o tenga un contenido diferente, debemos suponer que las prescripciones constitucionales relativas a la legislación poseen un carácter alternativo. El legislador está facultado por la constitución, bien para aplicar las normas establecidas directamente en la constitución misma, bien para aplicar otras, sobre las que él

²²⁰ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, obra citada, p. 137.

mismo puede decidir. De otro modo, una ley cuya creación o contenido no correspondiesen a las prescripciones directamente establecidas en la constitución, no podría ser considerada como válida” ²²¹.

Hasta aquí sólo he mostrado en qué consiste el control de constitucionalidad en la teoría de Kelsen que, a la sazón, según se dijo es la manera en que se desarrolló esta idea en las Constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Pero si, como se mencionó, el objeto de este y el siguiente capítulo es determinar si el positivismo jurídico hartiano se muestra o no resistente frente a un tercer argumento del neoconstitucionalismo, conviene dedicar las siguientes líneas a ello en relación con el control de constitucionalidad. Páginas atrás afirmé que una forma de enunciar el tercer argumento del neoconstitucionalismo es preguntarnos si es necesario o no un acercamiento teórico diferente del positivismo jurídico para poder dar cuenta del funcionamiento de los sistemas jurídicos y, en especial, del control de constitucionalidad. En mi opinión, no hay algo en el positivismo jurídico hartiano que nos permita suponer que no es capaz de explicar el control de constitucionalidad. Efectivamente, recuérdese cómo Hart admite que los contenidos materiales incorporados en la Constitución son límites a la competencia del órgano productor, que llama *limitaciones de fondo*. Límites que no son establecidos como una “prohibición” de legislar, sino que la Constitución introduce la posibilidad de que en caso de que una norma fuera creada sobrepasando aquellos límites sea declarada nula. En palabras de Hart: “[u]na constitución que efectivamente limita las potestades legislativas de la suprema legislatura del sistema no lo hace (o, en todo caso, no es necesario que lo haga) imponiendo a aquélla el deber de no intentar legislar de ciertas maneras; en lugar de ello establece que tal pretendida legislación será nula” ²²². Hart explica, sin utilizar esta terminología, que la no conformidad con la Constitución de una norma podría obedecer no sólo al hecho de que el órgano productor sobrepase los límites que respecto de su competencia establecen los contenidos materiales, sino también por vulnerar principios de organización como la división de poderes. El siguiente pasaje de *El concepto de Derecho* es largo, pero creo que conviene reproducirlo a fin de mostrar que la idea del control de constitucionalidad está presente en el positivismo jurídico hartiano, pero sobre todo que, como se ha argumentado, no existe algo que nos permita suponer que esta teoría no es capaz de explicarlo: “[e]ncontramos, sin embargo, ejemplos obvios de limitaciones de fondo en constituciones federales tales como las de Estados Unidos o Australia, donde la división de

²²¹ Ídem., p. 186.

²²² H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, obra citada, p. 86.

los poderes ente el gobierno central y los estados miembros, y también ciertos derechos individuales, no pueden ser modificados por los procedimientos ordinarios de legislación. En estos casos una norma sancionada por la legislatura [estatal] o por la legislatura central, que sea incompatible con la división federal de los poderes o con los derechos individuales protegidos de esa manera, o que pretenda modificar una u otros, es susceptible de ser considerada *ultra vires*, y declarada jurídicamente inválida por los tribunales, en la medida en que entre en conflicto con las cláusulas constitucionales” ²²³. Con ello creo que no es necesario un acercamiento teórico diferente del positivismo jurídico (hartiano) para poder dar cuenta del funcionamiento del control de constitucionalidad y, por tanto, así enunciado este tercer argumento del neoconstitucionalismo es falso. Pero conviene preguntarnos ¿qué es lo que quiere decir el neoconstitucionalismo cuando afirma la imposibilidad del positivismo jurídico, en general, para explicar el papel del juez en el Derecho del Estado constitucional? Quizás la respuesta está en lo dicho en las líneas introductorias a este capítulo. Efectivamente, allí se mostró que otra forma de enunciar este argumento es que la incorporación en la Constitución de contenidos materiales supuso un cambio en la práctica jurisprudencial, de tal suerte que hoy el juez requiere de una tarea hermenéutica que le permita aplicar aquellos contenidos a los casos concretos, porque, en última instancia, la interpretación de la Constitución es diferente de la interpretación de la ley. Enunciado de esta forma, el argumento no habla de otra cosa más que del problema de la interpretación del Derecho del Estado constitucional. Y como es claro, este planteamiento no es incompatible con el control de constitucionalidad, pues el juez para ejercerlo, es decir, para “verificar un juicio de compatibilidad lógica entre dos productos normativos acabados” ²²⁴, se dice que lo primero que tiene que hacer es interpretar. Más aún, el control de constitucionalidad en última instancia no es otra cosa más que aquel juicio que realiza el juez respecto de la interpretación efectuada por el órgano productor al crear la norma en cuestión. En palabras de Barranco, a propósito de los derechos fundamentales, “el aspecto más controvertido se refiere a cuestiones que tienen que ver con su interpretación por parte de los órganos que en cada ordenamiento están habilitados para controlar que la interpretación, que a su vez realizan los otros órganos del Estado, sea correcta. En el caso español, esta competencia ha sido atribuida al Tribunal constitucional” ²²⁵. Está justificado, pues, hablar de interpretación en la presente investigación. Permítaseme entonces reformular lo dicho hasta ahora: el

²²³ Ídem., pp. 89 y 90.

²²⁴ L. PRIETO, *Ideología e interpretación jurídica*, obra citada, p. 78.

²²⁵ M.C. BARRANCO, *Derechos y decisiones interpretativas*, obra citada, p. 25.

neoconstitucionalismo ha esgrimido un tercer argumento que sostiene que el positivismo jurídico, en general, es incapaz de explicar el papel del juez en el Derecho del Estado constitucional, porque la descripción que ofrece para interpretar el texto constitucional es inadecuada frente al cambio que la incorporación en la Constitución de contenidos materiales supuso respecto de la práctica jurisprudencial. De este enunciado se siguen varias cuestiones, tales como ¿qué es interpretación? ¿la interpretación de la Constitución es un caso especial de interpretación jurídica? y ¿qué teorías se han formulado para explicar la interpretación jurídica? Al conjunto de estas preguntas propongo denominarlo *El problema de la interpretación del Derecho del Estado constitucional*. En los siguientes apartados de este capítulo me referiré a las dos primeras preguntas. Las teorías de la interpretación serán analizadas en el siguiente capítulo. Pero antes permítaseme concluir estas líneas advirtiéndole que el control de constitucionalidad no es una novedad del Derecho del Estado constitucional, pues como quedó de manifiesto se trató de una idea que tuvo su origen en una tesis sostenida en Inglaterra en el siglo XVII, y estuvo presente en los Estados Unidos desde principios del XIX; aunque resulta innegable su establecimiento en las Constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Por otro lado, tampoco es una novedad el problema de la interpretación, pues recuérdese cómo en el capítulo primero mostré que antes de la segunda mitad del siglo XX, los sistemas jurídicos incorporaron contenidos materiales, entonces no se entiende qué nos haría suponer que el juez no tuvo que interpretar dichos contenidos, quizás no para ejercer un control de constitucionalidad, pero sí, por ejemplo, un control de legalidad de la Administración y de la propia jurisdicción, puesto que no debe perderse de vista que, como advierte Moreso, siempre ha habido “reglamentos contrarios a la ley y sentencias contrarias a la ley”²²⁶. Pero más aún, si antes de la segunda mitad del siglo XX los sistemas jurídicos ya habían incorporado aquellos contenidos y el juez tuvo que interpretarlos, tengo mis serias dudas de que la interpretación de la Constitución sea un caso especial de interpretación jurídica, y desde aquí podríamos concluir la falsedad de aquella parte del enunciado del argumento del neoconstitucionalismo (en el que afirma que la incorporación en la Constitución de contenidos materiales supone que su interpretación tiene características peculiares), pues como se argumentó desde el capítulo primero la incorporación de dichos contenidos no es una novedad de las Constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, y si esto es así, insisto en que no habría algo que nos permitiera suponer que antes de esta época el juez no tuvo que interpretarlos. Alguien podría responderme que, en Europa,

²²⁶ J.J. MORESO, “Sobre “la teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos” de Luigi Ferrajoli”, en VV.AA., *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*, obra citada, pp. 117-132, en especial p. 120.

antes de esta época la Constitución no era Derecho, sino una mera norma programática, y podría argumentarme también que hoy sí lo es, por lo que la incorporación en ella de contenidos materiales sí representa un desafío interpretativo para el juez. Mi respuesta sería sencilla. La ley que sí era Derecho en la Europa decimonónica tenía contenidos materiales (*i. e.* Código francés) y el debate en el contexto del Derecho del Estado constitucional, como se dijo líneas arriba, es de qué tipo de contenidos se trata, pues recordemos las palabras de Ansuátegui en las que nos alertaba sobre “que en este punto cabe plantear la duda de si el constitucionalismo es de verdad novedoso en lo que a la positivación de contenidos morales se refiere, o en lo que se refiere, por el contrario, a la positivación de específicos y determinados contenidos morales”²²⁷. De este modo, lejos de la discusión sobre si a partir de la segunda mitad del siglo XX, la Constitución incorpora contenidos materiales de moral social o bien, de moral ideal, lo que sí es preciso aceptar es que los sistemas jurídicos anteriores a este momento histórico conocieron contenidos materiales, y el juez tuvo que interpretarlos para resolver el caso concreto, pues recuérdese la prohibición de no resolver: “[e]s una función habitual de los jueces y tribunales resolver casos mediante argumentos jurídicos donde, por lo general, se han presentado varias pretensiones contrapuestas de justificación por las partes que originaron el conflicto. El Derecho se convierte en una forma de solución de conflictos mediante argumentos con unas características específicas. Una de ellas es que los jueces deben decidir todos los casos que se presenten, es decir, no rige el principio *non liquet*”²²⁸. Está fuera de discusión que las Constituciones europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial incorporan contenidos materiales, y que estos funcionan como límites a la competencia del órgano productor. Además, qué duda cabe de que dichas Constituciones establecen órganos de características jurisdiccionales habilitados para ejercer el control de constitucionalidad, y que para ello se dice que lo primero que tienen que hacer es interpretar. Por ello, está justificado prestar atención al argumento del neoconstitucionalismo y preguntarnos si el positivismo jurídico hartiano se muestra o no resistente y, en su caso, si se ha ofrecido o no una mejor explicación del papel del juez en el Derecho del Estado constitucional. En fin, lo primero que debo analizar, insisto, es el problema de la interpretación.

²²⁷ F.J. ANSUÁTEGUI, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho...*, obra citada, pp. 251 y 252.

²²⁸ O. PÉREZ, “Dilemas constitucionales y decisiones judiciales”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2010, pp. 435-460, en especial p. 436.

2. Tercer argumento: el problema de la interpretación del Derecho del Estado constitucional

En el apartado anterior concluí que si el tercer argumento del neoconstitucionalismo para sostener la imposibilidad del positivismo jurídico, en general, para explicar el papel del juez en el Derecho del Estado constitucional, se reduce a la simple pregunta de si es necesario o no un planteamiento teórico diferente para explicar el control de constitucionalidad, este argumento así enunciado es falso, porque no hay algo en el positivismo jurídico hartiano que nos permita suponer que no es capaz de explicar el control de constitucionalidad. Afirmé también que si esta conclusión es correcta, convenía entonces reformular el argumento, centrando nuestra atención en el problema de la interpretación del Derecho del Estado constitucional pues, por una parte, para ejercer el control de constitucionalidad se dice que lo primero que debe hacer el órgano habilitado para ello es interpretar el texto de la Constitución y, por otra, en última instancia no estamos hablando de otra cosa más que del control que se realiza sobre la interpretación efectuada por otros órganos. Y señalé además que esa reformulación requería responder algunas preguntas. De este modo, en este apartado examinaré primero qué es la interpretación (epígrafe 2.1) pues además de lo dicho, creo que está justificado hablar del tema si aceptamos con P. Cuenca que “la comprensión de la interpretación jurídica está intrínsecamente relacionada con la forma en que se concibe lo jurídico”²²⁹. Y en segundo lugar, determinaré si la interpretación de la Constitución es o no un caso especial de interpretación jurídica (epígrafe 2.2) pues en mi opinión está justificado detenernos en ello no sólo por la tesis sostenida por el neoconstitucionalismo teórico sobre la que nos alertó Comanducci líneas atrás; sino también si admitimos con Pérez Luño, por una parte, que la “interpretación constituye, en efecto, el punto de encuentro donde confluyen y se entremezclan los procedimientos metódicos de la ciencia y de la filosofía del derecho y el banco de prueba de la respectiva validez de sus postulados”²³⁰; pero por otra parte, quizás más importante si reconocemos aunque sea *prima facie* que esas “circunstancias adquieren una problematicidad característica cuando el objeto de la interpretación jurídica versa sobre los preceptos de la máxima jerarquía normativa, es decir, sobre la constitución”²³¹. Recuérdese que, según se dijo, el problema de la interpretación del Derecho del Estado

²²⁹ P. CUENCA, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, obra citada, p. 306.

²³⁰ A.E. PÉREZ, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, obra citada, p. 255.

²³¹ *Ibidem*.

constitucional está compuesto por una tercera cuestión relativa a las teorías que han propuesto una solución, pero a ellas me referiré en el siguiente capítulo. De este modo, como se acaba de decir lo primero que conviene responder es a la pregunta ¿qué es interpretación?

2.1. ¿Qué es interpretación?

Frente a esta pregunta existe cierto consenso entre los autores ²³² sobre la idea de que interpretar es atribuir significado a un enunciado lingüístico. Guastini explica que el “análisis del lenguaje consiste, muy simplemente, en preguntarse acerca del significado de las palabras, de las expresiones, de los enunciados. A su vez, la determinación del significado de una expresión lingüística consiste en una serie de operaciones típicas. Por ejemplo: advertir y registrar los usos lingüísticos vigentes; advertir y registrar la ambigüedad (sintáctica, semántica, pragmática) de las expresiones lingüísticas; desvelar sus connotaciones valorativas, a menudo ocultas” ²³³. Un primer debate que se suscita es cuál es la diferencia entre interpretar y comprender; aunque no han faltado autores como M. Atienza quienes ubican la discusión entre interpretar y definir ²³⁴; pero creo que este autor está hablando de una definición lexicográfica o bien, de algún tipo de formulación normativa ²³⁵. El debate al que me refiero es, en cambio, entre aquellos autores ²³⁶ quienes identifican interpretación y comprensión, y aquellos otros ²³⁷ que las distinguen. Es claro que estamos frente a dos

²³² En este sentido, véanse M.C. BARRANCO, *Derechos y decisiones interpretativas*, obra citada, p. 35; P. COMANDUCCI, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en VV.AA., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, obra citada, p. 94; A. MARMOR, *Interpretación y teoría del Derecho* (1992), trad. de M. Mendoza Hurtado, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 28; A.E. PÉREZ, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, obra citada, p. 260; y M. SEGURA, *Sobre la interpretación del Derecho*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003, p. 13.

²³³ R. GUASTINI, *Distinguiendo...*, obra citada, p. 58.

²³⁴ M. ATIENZA, *El sentido del Derecho* (2001), Ariel, Barcelona, 2012, p. 50.

²³⁵ Al respecto, véase J.J. MORESO, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución* (1996), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 19: “[l]as autoridades normativas realizan determinados actos cuyo resultado es la emisión de determinadas *formulaciones normativas* [...] Entre las formulaciones normativas hay, al menos, dos tipos principales de enunciados: (i) *prescripciones*, enunciados que ordenan, prohíben o permiten determinados comportamientos, y (ii) *definiciones*, enunciados que explican el significado de determinados términos usados, en otras formulaciones normativas. Denominaré [afirma Moreso] *reglas prescriptivas* o, más simplemente, *normas* al significado de las prescripciones y *reglas conceptuales* al significado de las definiciones”.

²³⁶ En este sentido, véanse N. BOBBIO, *El positivismo jurídico...*, obra citada, p. 216: “interpretar significa pasar del signo (*signum*) a la cosa designada (*designatum*), esto es, comprender el significado de un signo determinado, la cosa que él indica”; y M. SEGURA, *Sobre la interpretación del Derecho*, obra citada, p. 19: “[n]o es posible aplicar una norma si antes no se ha comprendido su significado”.

²³⁷ Al respecto, véanse M. ATIENZA, *El sentido del Derecho*, obra citada, pp. 281 y 282: “[l]a operación de interpretar supone una relación entre un texto previo, un sujeto (el intérprete) y un nuevo texto, y se lleva a cabo

extremos. En el primero (identificación entre interpretación y comprensión), lo que se quiere decir es que desde el momento en el que se lee un texto y se comprende, se está interpretando. En el segundo extremo (distinción entre interpretación y comprensión), lo que se afirma es que si se lee un texto y *no* se comprende (o, por lo menos, no lo suficiente para aplicarlo), es necesario interpretar. Se dice que una forma de resolver esta situación es distinguir entre un sentido amplio y un sentido estricto de interpretación, como propone Wróblewski; distinción en la que autores quienes sostienen la identidad entre interpretación y comprensión estarían de acuerdo, como es el caso de Bobbio ²³⁸. De este modo: “[i]nterpretación” en el sentido más amplio [afirma Wróblewski] es sinónimo de “comprensión” en las ciencias humanas y sociales según la metodología de las “ciencias de la cultura” ²³⁹. En tanto que: “[i]nterpretación” en sentido estricto denota un campo más restringido. Si se plantean dudas acerca del sentido de una expresión en una situación concreta, la interpretación en sentido estricto se refiere a la determinación del sentido de esta expresión. Si no se plantean dudas, se

cuando el significado del texto previo (el material del que parte el jurista para resolver un problema) es dudoso. Ahora bien, lo que hace que surjan esas dudas son los siguientes factores (o una combinación de ellos): el autor del texto ha empleado alguna expresión imprecisa (problemas de ambigüedad y de vaguedad); no es obvio cómo ha de articularse ese texto con otros ya existentes (problemas de lagunas y contradicciones); no es obvio cuál es el alcance de la intención del autor (la relación entre lo dicho –lo escrito– y lo que se quiso decir); es problemática la relación existente entre el texto y las finalidades y propósitos a que el mismo ha de servir (con relativa independencia de lo que haya querido el autor); es dudoso cómo ha de entenderse el texto de manera que sea compatible con los valores del ordenamiento”; A. MARMOR, *Interpretación y teoría del Derecho*, obra citada, p. 24: “la interpretación representa una excepción en relación con la comprensión estándar del lenguaje y la comunicación, dado que sólo incumbe a aquellos aspectos de la comprensión que no están completamente determinados por las reglas o las convenciones”. “Pero, aquí, no se debería confundir la interpretación con la comprensión del significado de la regla. Si la formulación de una regla particular es inadecuada para determinar un resultado particular en ciertas circunstancias, entonces, no hay nada más que explicar o comprender su significado; se requiere una nueva formulación de la regla –una que eliminara la duda– y esto es aquello que designa con propiedad el término “interpretación” [...] [por ello] comprender una regla consiste en la habilidad de especificar qué acciones están de acuerdo con la regla (y, por lo tanto, qué la contravendría)” (p. 197). De este modo: “[s]ólo se necesita la interpretación cuando la formulación de la regla plantea dudas respecto de su aplicabilidad en un conjunto dado de circunstancias” (p. 198); y J. WRÓBLEWSKI, “El problema del sentido de la norma jurídica” (1964), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho* (1989), trad. de F.J. Ezquiaga Ganuzas y J. Igartua Salaverría, Fontamara, 2ª reimp., México, 2008, pp. 85-104, en especial pp. 100 y 101. La “interpretación jurídica comienza cuando la norma que se ha de aplicar no es lo bastante clara para decidir el caso en cuestión. Mediante la interpretación jurídica se intenta remover estas diferencias del sentido de la norma en cuestión, y así el modelo de comportamiento debido puede ofrecer suficiente fundamento para decidir el caso”.

²³⁸ N. BOBBIO, “Derecho y ciencias sociales” (1971), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho*, obra citada, pp. 219-231, en especial pp. 223 y 224: “[u]na vez delimitado el objeto, el estudio consiste en una serie de operaciones intelectuales que vienen denominadas con el nombre clásico de interpretación: con este término, incluso en su sentido más amplio, se pretende denotar siempre una actividad de mero reconocimiento de las reglas dadas y no además creativa o crítica. Entran en la actividad de reconocimiento del sistema dado las cuatro actividades siguientes: a) determinación del significado de las reglas (interpretación en sentido estricto); b) conciliación de las reglas aparentemente incompatibles; c) integración de las lagunas (de las lagunas técnicas y no de las ideológicas, se entiende); d) elaboración sistemática del contenido de las reglas así interpretadas, conciliadas e integradas”.

²³⁹ J. WRÓBLEWSKI, “La interpretación en el Derecho: Teoría e ideología” (1972), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, obra citada, pp. 149-171, en especial p. 151.

comprende el sentido inmediatamente, sin reflexión” ²⁴⁰. Pero se dice que esta propuesta de solución sólo es aparente, porque como advierte Prieto: “[d]esde la perspectiva de la teoría del Derecho [...] la cuestión de fondo consiste en saber si la normatividad jurídica, esto es, la Constitución, las leyes, etc., gozan de realidad y eficacia propias, y si su comprensión o interpretación, guardan algún tipo de vinculación con esa realidad” ²⁴¹. Por ello, creo que en última instancia lo que nos estamos preguntando es qué es significado. En línea de principio, podríamos responder que aunque con algunos puntos intermedios se trata de una polémica entre dos extremos. El significado es algo subjetivo (que depende de la voluntad del autor o del intérprete) o bien, se trata de un concepto objetivo. En todo caso, como advierte Marmor, no podemos perder de vista que: “[l]as palabras pueden ser más o menos vagas, pero no carecen de todo significado” ²⁴²; el problema es, pues, como se acaba de decir qué se entiende por este último concepto. Sin embargo, no me voy a referir al tema del significado. Aquí, en cambio, creo que siguiendo aquella cita de Prieto es posible limitarse a señalar que el debate se puede plantear como una discusión sobre si el significado con que el legislador dota a los enunciados normativos vincula o no al intérprete. Esta discusión también puede plantearse a partir de la tesis que distingue entre norma y enunciado normativo. A. García Figueroa nos alerta, en efecto, sobre la necesidad de distinguir entre estos conceptos. La norma es el significado de un enunciado normativo. Y la interpretación no es otra cosa más que la actividad de atribuir un significado a tal enunciado normativo. Lo que se quiere decir es que la norma es el punto de llegada y no el punto de partida de la interpretación ²⁴³. R. Guastini estaría de acuerdo con estas ideas, pero propone para mayor claridad en la explicación la distinción entre interpretación de normas y aplicación de normas. En sus palabras: “[c]uando se habla de “interpretación de normas”, el vocablo “norma” designa un enunciado del discurso legislativo, ya que la interpretación es una actividad que se realiza sobre los textos. En cambio, cuando se habla de “aplicación de normas”, el mismo vocablo “norma” se refiere al contenido de significado de un enunciado legislativo, determinado precisamente mediante interpretación, desde el momento en que ningún texto normativo puede ser aplicado sino después de haberlo interpretado” ²⁴⁴. En consecuencia, si bien es cierto que por interpretación se ha entendido la atribución de significado a un enunciado lingüístico, no está claro si dicha atribución es siempre necesaria o bien, sólo en caso de duda; aunque conviene advertir con

²⁴⁰ Ídem., p. 152.

²⁴¹ L. PRIETO, *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho* (1985-86), Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2005, p. 171.

²⁴² A. MARMOR, *Interpretación y teoría del Derecho*, obra citada, p. 177.

²⁴³ A. GARCÍA, *Principios y positivismo jurídico...*, obra citada, p. 53.

²⁴⁴ R. GUASTINI, *Distinguiendo...*, obra citada, p. 100.

C.E. Alchourrón y E. Bulygin que hablando de interpretación jurídica en general y, en concreto, sobre normas jurídicas, la interpretación se ha traducido también “en la determinación de las consecuencias que se derivan de tales normas” ²⁴⁵. El discurso de esta investigación está centrado en la interpretación jurídica, esto es, aquella en la que dicho enunciado lingüístico está contenido en un texto jurídico. Desde luego esta no es la única forma de explicar la interpretación jurídica. Por ejemplo, en *Sentido y hecho en el Derecho*, J. Wróblewski afirma que el “término “interpretación jurídica” significa en el presente trabajo una determinación del sentido de una norma jurídica de manera suficientemente precisa para los fines de toma de decisión y justificada por referencia a las directivas interpretativas elegidas” ²⁴⁶. Como se acaba de decir, tratándose de interpretación jurídica podríamos estar hablando de la atribución de significado a normas o bien, a enunciados normativos; y el tema de la justificación lo reservaría para más adelante. Por otra parte, conviene precisar que en esta investigación me interesa prestar atención a la interpretación judicial. Barranco la denomina interpretación operativa, y afirma que “es la que llevan a cabo los jueces al aplicar el Derecho” ²⁴⁷, que se caracteriza porque “se produce en relación con un caso concreto” ²⁴⁸. En cambio para Wróblewski, operativa es “la interpretación que se efectúa en una aplicación del derecho cuando se ha determinado el sentido de la norma jurídica aplicada” ²⁴⁹; aunque en otra obra, afirma que es aquella que “tiene lugar cuando aparece una duda concerniente al significado de una norma jurídica que ha de ser aplicada en un caso concreto de toma de decisión por una instancia aplicadora del derecho” ²⁵⁰. Es claro que hablando de interpretación judicial se reproduce el debate planteado líneas arriba entre interpretación y comprensión, significado vinculante o no vinculante o bien, entre normas y enunciados normativos; pero aquí se agrega un elemento interesante, es decir, la aplicación de Derecho. Dicho de otra forma, Barranco ²⁵¹ identificando interpretación y comprensión; asumiendo que el significado

²⁴⁵ C.E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, obra citada, p. 113.

²⁴⁶ J. WRÓBLEWSKI, “Enunciados valorativos en el Derecho: Una aproximación analítica a la axiología jurídica” (1981), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, obra citada, pp. 19-44, en especial p. 30.

²⁴⁷ M.C. BARRANCO, *Derechos y decisiones interpretativas*, obra citada, p. 23.

²⁴⁸ *Ídem.*, p. 25.

²⁴⁹ J. WRÓBLEWSKI, “Justificación de las decisiones jurídicas” (1979), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, obra citada, pp. 45-65, en especial p. 56.

²⁵⁰ J. WRÓBLEWSKI, “Lenguaje jurídico e interpretación jurídica” (1985), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, obra citada, pp. 131-147, en especial p. 136.

²⁵¹ Sobre la postura de esta autora, véase P. CUENCA, “María del Carmen BARRANCO AVILÉS, *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid, 2004, 158 pp.”, *Derechos y Libertades*, núm. 14, 2006, pp. 253-261, en especial p. 256: “la profesora Barranco muestra desde el inicio –incluso en el propio título de la obra comentada– su preferencia por el voluntarismo, elección que repercute de un modo esencial en su visión del fenómeno interpretativo [...] Así, la autora toma partido, en primer lugar, a favor del manejo de un concepto amplio de interpretación frente al concepto restringido. Esta elección supone entender que la interpretación es

con que el autor dota a los enunciados no es vinculante para el intérprete; y que la norma es el punto de llegada de la interpretación, viene a decir que el juez *siempre* interpreta y, por ello, todo acto de aplicación de Derecho requiere interpretación ²⁵². En cambio, Wróblewski distinguiendo entre interpretación y comprensión; asumiendo que el significado con que el autor dota a los enunciados sí es vinculante para el intérprete; y que la norma es el punto de partida de la interpretación, sostiene que el juez *sólo* interpreta en caso de duda y, por tanto, no todo acto de aplicación de Derecho requiere interpretación. A este tema, que no es otro que la adopción o no de una postura escéptica frente a las reglas, me referiré en el siguiente capítulo cuando hable de las teorías de la interpretación. Aquí en cambio, me interesa centrar la atención en la interpretación judicial no sólo por la obvia razón de que el tema de este y el siguiente capítulo es el papel del juez en el Derecho del Estado constitucional, sino también porque como afirma R. de Asís si bien es cierto que todo operador jurídico puede interpretar, no lo es menos que sólo será relevante la interpretación que efectúe un operador jurídico competente. En sus palabras, “hay que ser conscientes de que la determinación del significado de un enunciado normativo puede corresponder a cualquier operador jurídico, pero para que posea una incidencia directa en el Derecho esta interpretación deberá hacerse por aquellos centros que poseen competencia normativa” ²⁵³. Y sin duda este es el caso del juez, quien siguiendo la clasificación de Segura lleva a cabo una interpretación práctica o bien, conforme a la propuesta de Guastini se trata de una interpretación-decisión ²⁵⁴. Efectivamente, Segura propone distinguir entre interpretación teórica e interpretación práctica. En sus palabras: “[l]a interpretación teórica es aquella que tiene como único objeto averiguar el sentido o los posibles sentidos de una norma [...] La interpretación práctica, además de tener esta finalidad cognoscitiva, se caracteriza porque el juez o el funcionario de la administración tiene la obligación de pronunciarse sobre cómo se resolverá una determinada disputa jurídica, es decir, en la interpretación práctica los sujetos no sólo conocen el Derecho –o pretenden

una actividad presente en todo acto de aplicación del Derecho y no sólo en los denominados casos difíciles – como sostienen los partidarios del concepto restringido- básicamente porque la calificación de un caso como fácil o difícil depende de una decisión discrecional del juez”.

²⁵² En este sentido, véase M. SEGURA, *Sobre la interpretación del Derecho*, obra citada, p. 21: “aquí se sostendrá que la aplicación del Derecho implica siempre interpretación del mismo”.

²⁵³ R. de ASÍS, *Jueces y normas...*, obra citada, p. 231.

²⁵⁴ R. GUASTINI, *Distinguiendo...*, obra citada, pp. 203 y 204: “1) *Interpretaciones-conocimiento*: A veces, en efecto, la interpretación consiste en *conocer* –es decir, en determinar y describir- o en *conjeturar* el significado o los significados de una expresión determinada [...] 2) *Interpretación-decisión*: Otras veces, en cambio, la interpretación consiste en *proponer* o en *decidir* atribuir a una determinada expresión un determinado significado con preferencia sobre otros. La “interpretación-decisión” (si convenimos llamarla así) es una estipulación [...] Los jueces, por ejemplo, debiendo decidir controversias, no pueden limitarse a describir los posibles significados de una determinada expresión legislativa: deben, en cualquier caso, escoger uno de ellos, de forma preferente sobre los otros [...] La interpretación judicial no es nunca una interpretación-conocimiento: es siempre interpretación-decisión o, como dicen algunos, interpretación “operativa””.

conocerlo- sino que, además, deciden” ²⁵⁵. Decir, pues, que el juez lleva a cabo una interpretación práctica o una interpretación-decisión no es más que estar de acuerdo con Barranco cuando afirmó, según se dijo, que el juez lleva a cabo una interpretación operativa que se caracteriza porque se produce para el caso concreto. Para llevar a cabo esta interpretación operativa, el sistema jurídico proporciona al juez criterios de interpretación. No voy a detenerme en ellos ²⁵⁶. Insistiré, en cambio, en la relación entre aplicación e interpretación del Derecho. Líneas atrás mostré que no es pacífico entre los autores si todo acto de aplicación de Derecho requiere o no interpretación, propongo dedicar las siguientes líneas a seguir analizando esta idea, pues a partir de ella se introducirán los elementos del debate que, si bien ya se avanzó, abordaré en el siguiente capítulo. De este modo, permítaseme entonces continuar examinando la relación entre aplicación e interpretación del Derecho, aunque quizás convenga incluir también la idea de creación o producción del mismo. De este modo, lo primero que debo advertir es que según Kelsen, todo acto de creación de Derecho es también un acto de aplicación, aunque con excepciones ²⁵⁷. Efectivamente, desde *Teoría General del Derecho y del Estado* Kelsen afirmó que la “norma que regula la creación de otra es “aplicada” en el acto de creación. La creación de derecho es siempre aplicación del mismo” ²⁵⁸. Guastini no está de acuerdo. En línea de principio, afirma que la distinción entre producción, aplicación y ejecución del Derecho no es “nítida”. Por ello, propone distinguir entre dos acepciones (que más bien son características) de la expresión “aplicación del derecho”. En sus palabras: “a) La aplicación es discrecional –y en esto se parece a la producción- siempre que la norma a aplicar no predetermine enteramente el contenido del precepto singular y concreto que descende de ella [...] es discrecional la aplicación del derecho por parte de la administración pública [...] b) La aplicación está

²⁵⁵ M. SEGURA, *Sobre la interpretación del Derecho*, obra citada, pp. 16 y 17.

²⁵⁶ Sobre los criterios de interpretación, véanse R. de ASÍS, *Jueces y normas...*, obra citada, pp. 182-213; M.C. BARRANCO, *Derechos y decisiones interpretativas*, obra citada, pp. 73 y 80; N. BOBBIO, “Normas primarias y normas secundarias” (1968), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho*, obra citada, pp. 307-321, en especial p. 315; *Id.*, “Sobre los criterios para resolver las antinomias” (1964), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho*, obra citada, pp. 339-353, en especial pp. 342 y 344; P. COMANDUCCI, “Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del Derecho”, trad. de C. Soriano Cienfuegos, en VV.AA., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, obra citada, pp. 11-39, en especial p. 28; R. GUASTINI, *Distinguiendo...*, obra citada, pp. 211, 212, 227, 228, 231 y 233; M. SEGURA, *Sobre la interpretación del Derecho*, obra citada, pp. 97 y 101; y J. WRÓBLEWSKI, “Ideología de la aplicación judicial del Derecho” (1974), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, obra citada, pp. 67-84, en especial p. 70.

²⁵⁷ Al respecto, véase M. ATIENZA, *El sentido del Derecho*, obra citada, p. 300: “[e]se análisis muestra [se refiere a la estructura escalonada del sistema jurídico] según Kelsen, que la oposición entre creación y aplicación del Derecho es simplemente relativa: la mayor parte de los actos jurídicos lo son tanto de creación como de aplicación del Derecho: aplican una norma de grado superior y crean una de grado inferior; las únicas excepciones son, por abajo, los actos de ejecución que son mera aplicación de normas individuales y, por arriba, la norma que ocupa el vértice de la pirámide que, obviamente, no puede ser aplicación de ninguna otra”.

²⁵⁸ H. KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, obra citada, p. 157.

predeterminada –y en esto se parece a la ejecución- si la norma a aplicar prevé enteramente el contenido del precepto singular y concreto que descende de ella [...] En este sentido, la aplicación jurisdiccional del derecho está predeterminada” ²⁵⁹. Hasta aquí creo que Guastini no logra diferenciar con claridad entre creación y aplicación del Derecho. Por ello quizás más adelante en *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, propone analizar la cuestión de otra forma. La propuesta es examinar el acto jurisdiccional de aplicación de una norma general al caso concreto a través de dos alternativas. La primera es la que admite que este acto de aplicación es al mismo tiempo creación de Derecho. Y la segunda alternativa es la que afirma que la aplicación de una norma general al caso concreto no es más que una deducción lógica. Guastini acepta la primera alternativa, pues afirma que el dilema se resuelve por el primer extremo si se toma en cuenta que la aplicación implica, por lo menos, dos actos de lenguaje: “a) el acto lingüístico que consiste en deducir una norma individual a partir de una norma general (en conjunción con el enunciado que describe y [...] califica el supuesto de hecho), y b) el acto lingüístico que consiste en dictar esta norma individual. La deducción provee el “contenido” de la norma individual, pero es necesario, sin embargo, un acto de “creación normativa” para introducir esa norma en el ordenamiento. Si ese acto de creación fuese superfluo sería igualmente superflua la propia función jurisdiccional” ²⁶⁰. En fin, es posible admitir con Kelsen (y Guastini) que todo acto de creación de Derecho es a la vez aplicación del mismo, con las excepciones mencionadas. Conviene ahora relacionar esta idea con el tema de la interpretación. En la teoría de Kelsen se contiene la tesis de que todo acto de creación es aplicación de Derecho, y todo acto de aplicación de Derecho requiere interpretación. En sus palabras: “[c]uando el derecho tiene que ser aplicado por un órgano jurídico, éste tiene que establecer el sentido de la norma que aplicará, tiene que interpretar esas normas” ²⁶¹. Por ello en la teoría de Kelsen, la interpretación no es otra cosa más que “un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior” ²⁶²; procedimiento que no sólo llevan a cabo los órganos jurídicos cuando aplican el Derecho, sino también los individuos cuando lo obedecen, y la ciencia jurídica cuando lo describe. Estamos hablando de interpretación en sentido amplio. En fin como señala Cuenca, “la doctrina kelseniana considera la interpretación de las normas como una actividad, siempre necesaria, con carácter previo a su aplicación” ²⁶³ por parte de

²⁵⁹ R. GUASTINI, *Distinguiendo...*, obra citada, p. 84.

²⁶⁰ Ídem., p. 369.

²⁶¹ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, obra citada, p. 349.

²⁶² Íbidem.

²⁶³ P. CUENCA, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, obra citada, p. 322.

los órganos jurídicos. Si esto es así, no hemos avanzado mucho respecto de lo sostenido líneas atrás por aquellos autores quienes sostienen que todo acto de aplicación de Derecho requiere interpretación. Cito la postura de Kelsen, sin embargo, porque nos permite replantear el debate avanzado líneas atrás que, dicho sea de paso, será central en el siguiente capítulo, y que propongo formular en términos de la indeterminación o determinación del Derecho. En efecto, a mi forma de ver las cosas el problema de la interpretación del Derecho del Estado constitucional y, en última instancia, el papel del juez gira en torno a una polémica entre dos extremos. Por una parte, las teorías que sostienen la total indeterminación del Derecho y, por otra, aquellas que afirman la total determinación del Derecho. Sin duda entre estos extremos existen otras teorías, entre ellas, la tesis de la determinación parcial del Derecho que, dicho sea de paso, es la que se defenderá en esta investigación. Si esto es así, permítaseme avanzar esta última tesis según la teoría de Kelsen. Es sabido que para Kelsen el Derecho no tiene lagunas ni presenta antinomias, pero debe reconocerse también que hablando de aplicación e interpretación del Derecho sostiene que: “[l]a relación entre una grada superior y una inferior del orden jurídico, como se da entre constitución y ley, o entre ley y sentencia judicial, es una relación de determinación o de obligación: la norma de grada superior regula [...] el acto mediante el cual se produce la norma de grada inferior, o regula el acto de ejecución cuando ya se trata de éste; determina no sólo el procedimiento mediante el cual se establece la norma inferior o el acto de ejecución, sino también, en ciertos casos, el contenido de la norma que se instaurará o del acto de ejecución que se cumplirá [...] Esta determinación, sin embargo, nunca es completa. La norma de rango superior no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se la aplica. Siempre permanecerá un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad, de suerte que la norma de grada superior tiene, con respecto del acto de su aplicación a través de la producción de normas o de ejecución, el carácter de un marco que debe llenarse mediante ese acto” ²⁶⁴. De este modo: “[r]esulta así que todo acto jurídico, sea un acto de producción de derecho, sea un acto de pura ejecución, en el cual el derecho es aplicado, sólo está determinado en parte por el derecho, quedando en parte indeterminado. La indeterminación puede referirse tanto al hecho condicionante como a la consecuencia condicionada. La indeterminación puede ser justamente intencional, es decir, haber sido establecida por voluntad del órgano que instauró la norma que ha de aplicarse” ²⁶⁵. De aquí se sigue que en la teoría de Kelsen sostener la tesis de la determinación parcial del Derecho implica, por una parte, afirmar la tesis de la discrecionalidad de todo operador

²⁶⁴ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, obra citada, pp. 349 y 350.

²⁶⁵ Ídem., p. 350.

jurídico que comprende, como es obvio, la discrecionalidad judicial, que ejercerá el juez aún a falta de norma aplicable actuando así como legislador ²⁶⁶; y por otra, rechazar la tesis de la unidad de respuesta correcta, pues recuérdese que como se acaba de decir, conforme a la teoría de Kelsen, la norma superior que debe ser aplicada se presenta sólo como un marco que admite una multiplicidad de respuestas. En sus palabras: “[s]i por “interpretación” se entiende la determinación en cuanto conocimiento del sentido del objeto interpretado, el resultado de una interpretación jurídica sólo puede ser determinar el marco que expone el derecho por interpretar, y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco. Por lo tanto, la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas las cuales –en tanto son cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse- tienen el mismo valor, aunque sólo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano de aplicación de derecho, en especial, en el acto del tribunal” ²⁶⁷. Obsérvese que a lo largo de estas líneas no se ha hecho distinción alguna entre interpretación de la ley e interpretación de la Constitución, por ello

²⁶⁶ Es posible distinguir dos momentos en el pensamiento de Kelsen, sobre el papel del juez como legislador. En un primer momento, admite que el juez actúa como legislador sin ulteriores consideraciones. En efecto, H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, obra citada, pp. 172 y 173, afirma que “el tribunal está autorizado por el orden jurídico para resolver discrecionalmente el caso, condenando o absolviendo al reo o al demandado, ordenando o negándose a ordenar que se imponga a éstos la sanción establecida por la ley. El tribunal está autorizado a ordenar una sanción contra el reo o el demandado, aun cuando falte una norma general que hubiera podido ser violada por éste, con tal de que considere la falta de esa norma general como insatisfactoria, injusta o inicua. Esto significa que está obligado a crear, para el caso concreto, la norma del derecho sustantivo que considere satisfactoria, justa o equitativa. En este caso, el tribunal funciona como legislador [...] Entre este caso y aquel en que el tribunal aplica normas de derecho sustantivo ya existentes, sólo media, sin embargo, una diferencia de grado. Al prescribir una sanción, el tribunal es siempre legislador, en cuanto crea derecho, del mismo modo que el legislador es siempre órgano aplicador de normas jurídicas, en cuanto la legislación es acto de cumplimiento de preceptos constitucionales. Pero el carácter de legislador que el tribunal tiene se acentúa cuando no está ligado por el derecho sustantivo, sino sólo por el adjetivo, es decir, cuando está autorizado para crear el derecho sustantivo aplicable al caso, sin que su decisión se encuentre determinada por una norma generalmente preexistente del mismo derecho sustantivo”. Pero en un segundo momento, reconoce que la afirmación según la cual el juez actúa como legislador no es del todo exacta. Al respecto, véase H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, obra citada, p. 253: “[p]ero también es posible que el orden jurídico autorice al tribunal, cuando no puede establecer ninguna norma jurídica general que imponga al demandado o acusado la obligación cuya violación afirma el demandante privado o el acusador público, a no rechazar la demanda, ni a absolver al acusado, sino a hacer lugar a la primera o condenar al segundo, cuando tenga la falta de tal norma jurídica general por cosa injusta, inaceptable, es decir, por cosa no satisfactoria. Ello significa que el tribunal queda facultado para producir una norma jurídica individual para el caso que se le presenta, cuyo contenido de ninguna manera está predeterminado por una norma general de derecho de fondo producida por vía legislativa o consuetudinariamente. En ese caso, el tribunal no aplica tal norma jurídica, sino la norma jurídica que lo faculta para crear nuevo derecho de fondo. Se suele decir que el tribunal está facultado para actuar como legislador. No es ello del todo exacto si por legislación se entiende la producción de normas jurídicas generales. Puesto que el tribunal sólo es autorizado para producir una norma individual, válida para el único caso que le es presentado”. Aunque no debe perderse de vista que el propio Kelsen admite la posibilidad de que el juez pueda crear una norma general: “[u]n tribunal, en especial, un tribunal de última instancia, puede estar facultado no sólo para producir con sus sentencias normas obligatorias individuales, válidas para el caso presente, sino también normas generales. Así pasa cuando la sentencia judicial crea un llamado precedente” (p. 258).

²⁶⁷ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, obra citada, pp. 351 y 352.

creo que convendrá detenernos en esta idea; análisis que además está justificado si se toma en cuenta que, según se dijo, una forma de enunciar el tercer argumento del neoconstitucionalismo es que la interpretación de la Constitución difiere de la interpretación de la ley. A esta cuestión, pues, dedicaré el siguiente epígrafe.

2.2. ¿La interpretación de la Constitución es un caso especial de interpretación jurídica?

En el epígrafe anterior mostré que es común leer que interpretar es atribuir significado a un enunciado lingüístico, pero no está claro si dicha atribución es siempre necesaria o bien, sólo en caso de duda. Afirmé también que interpretación jurídica es aquella en la que dicho enunciado lingüístico está contenido en un texto jurídico. Además, puse a la vista que (casi) todo acto de creación es aplicación de Derecho, pero no es pacífico si todo acto de aplicación de Derecho requiere interpretación; razonamiento que sin duda es aplicable al juez y a la interpretación que lleva a cabo. Pero conviene advertir que no habría algo que nos permitiera suponer que lo dicho hasta ahora es privativo de la interpretación de la ley; o dicho de otra forma, que no se aplica a la interpretación de la Constitución. Afirmé, sin embargo, en las primeras líneas de este capítulo que una forma de enunciar el argumento del neoconstitucionalismo para sostener la imposibilidad del positivismo jurídico, en general, para explicar el papel del juez en el Derecho del Estado constitucional es que la interpretación constitucional presenta algunas características peculiares respecto de la interpretación legal. Recuerdese que la premisa a partir de la cual el neoconstitucionalismo teórico enuncia este argumento no es otra más que la incorporación en la Constitución de contenidos materiales, que considera un rasgo del Derecho del Estado constitucional. Esta incorporación afecta no sólo la interpretación sino también la aplicación del Derecho. En este sentido, Barranco reseña que “en la actualidad, la concepción de las normas ha cambiado. En parte por influencia del constitucionalismo, la referencia a los principios ha supuesto un nuevo modo de entender la tarea de aplicación, incluso judicial, del Derecho” ²⁶⁸. Creo que lo que el neoconstitucionalismo quiere decir es que las normas constitucionales son (o funcionan a la

²⁶⁸ M.C. BARRANCO, “Sobre el “método jurídico tradicional” como ficción”, en VV.AA., *El Derecho en red...*, obra citada, p. 613.

manera de) principios, a diferencia de las normas legales que son reglas ²⁶⁹. Dicho de otra forma, los contenidos materiales incorporados en la Constitución (valores, principios y derechos fundamentales) funcionan como principios, y como tales requieren de mecanismos de interpretación distintos a los de las reglas. Creo también que en el fondo este razonamiento del neoconstitucionalismo no es más que una denuncia frente al positivismo jurídico decimonónico, el mito del legislador racional y la jurisprudencia mecánica ²⁷⁰, y lo que se quiere decir es que el método jurídico tradicional no funciona o, por lo menos, es insuficiente para dar cuenta de la “nueva” complejidad constitucional. Se dice incluso que este método es una ficción. Se propone así el paso de la subsunción a la ponderación ²⁷¹. Pero, por otro lado, creo que en última instancia lo que se está denunciando es que frente a la crisis del método jurídico tradicional sostenido por el positivismo jurídico es necesaria una teoría de la

²⁶⁹ En este sentido, véase L. PRIETO, *Constitucionalismo y Positivismo*, obra citada, p. 19: “[p]or lo que se refiere a la interpretación y aplicación del Derecho y, por tanto, al razonamiento jurídico, sería erróneo pensar que simplemente la Constitución ha sustituido a la ley, de manera que el juez tan sólo haya debido cambiar su parámetro de enjuiciamiento; pues sucede que la estructura de la norma constitucional es distinta a la de la norma legal o, al menos, así parece ocurrir con los llamados principios constitucionales, que son, según opinión difundida, las más genuinas normas constitucionales”.

²⁷⁰ Al respecto, véase J.A. GARCÍA, “Retórica, argumentación y derecho”, *Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 21, 1999, pp. 131-147, en especial pp. 131 y 132: “el movimiento codificador que se extiende desde finales del siglo XVIII supone la traslación de esos esquemas y pretensiones [el conocer sustituye al decidir y la ciencia a la retórica o la prudencia] al ámbito del Derecho positivo, del Derecho legislado. Opera el llamado mito del legislador racional y en los códigos legales se ve la plasmación, ahora bajo la forma de ley positiva, escrita, de una omnisciencia del legislador que le permite conocer las necesidades sociales y su mejor solución, y de una omnipotencia que le posibilita imponer ese conocimiento verdadero como mandato incuestionable [...] El sistema jurídico, ahora puramente positivo, se entiende como coherente, es decir, carente de antinomias, y completo, esto es, carente de lagunas. El juez encuentra en la ley perfectamente prefijada y predeterminada la respuesta a cualquier litigio que tenga que resolver, su papel se limita al de ser <boca que pronuncia las palabras de la ley>, según la tan manida fórmula de Montesquieu. El razonamiento jurídico, el razonamiento del aplicador del derecho, se explica como un puro silogismo, en el que la ley forma la premisa mayor, los hechos que se juzgan la premisa menor y la sentencia se sigue con necesidad lógica como pura conclusión. Se suele denominar esta visión como teoría de la subsunción, resaltando que el juez se limita a subsumir el hecho concreto bajo el supuesto de hecho abstracto de la norma, aplicándole la consecuencia en ésta prevista cuando tal encaje de lo concreto bajo lo abstracto acontezca”.

²⁷¹ Al respecto, véase L. PRIETO, *Ley, principios, derechos*, obra citada, p. 61: “[l]a diferencia entre reglas y principios cobra toda su trascendencia en la que venimos llamando sede interpretativa, pues aquí se sugiere una forma de razonamiento abiertamente superadora de la subsunción que, además, en determinadas circunstancias resulta aplicable a toda norma [...] No es ocasión de examinar con detenimiento los problemas de la ponderación, pero creo [señala Prieto] que se puede afirmar que su importancia en el Derecho actual se explica por el especial carácter del constitucionalismo de postguerra, que ha dado entrada a un amplísimo contenido material o sustantivo de principios y derechos fundamentales tendencialmente contradictorios, donde el modelo tradicional de resolver las colisiones entre reglas resulta inservible”. En fin, de lo que se trata es de superar la subsunción: “[e]l ideal de aplicación de las leyes concebidas como reglas ha sido siempre la subsunción silogística: la premisa mayor era el supuesto contemplado en la norma, la premisa menor el hecho o conducta enjuiciada, y la conclusión la consecuencia jurídica; de manera que ello permitía considerar al juez casi como un autómatas” (p. 62). Aunque no debe perderse de vista que esta forma de aplicar el Derecho presentaba sus correspondientes problemas como la prueba del hecho o bien, la vaguedad del lenguaje. Pero se dice que estos problemas se incrementan cuando se trata de la aplicación de normas constitucionales que funcionan como principios y, por ello, la apelación a la ponderación: “[p]ero, debe tenerse claro que “ponderación” no equivale a ninguna arbitrariedad desbocada, pero [a la vez] no cabe duda que en su ejercicio el juez es mucho más protagonista y, por tanto, más <libre> que en la aplicación de reglas según el modelo tradicional” (p. 63).

argumentación. J.A. García Amado reseña bien esta denuncia: “[a]un a riesgo de simplificar en exceso, se podría decir que lo que preside el tratamiento teórico de estos temas [teorías de la argumentación] en las últimas décadas es la crisis de los postulados metodológicos centrales del positivismo jurídico y el intento por parte de toda una serie de nuevas teorías, agrupadas bajo nombres diversos, pero con una serie de rasgos comunes [...] de proporcionar criterios y reglas metódicas que eviten la conclusión escéptica, ligada a los últimos estadios de aquella crisis, de que quien enjuicia un hecho y decide en sede jurídica realiza, en última instancia, una pura opción arbitraria entre alternativas posibles, opción que no sería susceptible de auténtico control” ²⁷². En efecto, a partir de la “crisis del método jurídico tradicional” se desarrollaron a finales de los años cincuenta una serie de teorías de la argumentación, cuyo objeto es la actividad decisoria y la pregunta a responder es qué criterios aseguran que aquella sea objetiva y racional ²⁷³. Los primeros pasos los dieron Ch. Perelman, S. Toulmin y T. Viehweg. Después de la obra de estos autores, “las más recientes teorías de la argumentación buscan un sustento más elaborado para la racionalidad jurídica como racionalidad consensual y discursiva. Como inspiración fundamental de la más representativa de las actuales teorías de la argumentación jurídica, la de Robert Alexy, está la ética discursiva de Habermas” ²⁷⁴. No voy a tratar las teorías de la argumentación, pero más adelante diré algo sobre la justificación de la decisión del juez. Aquí conviene advertir que si, como se dijo, la denuncia es frente a la crisis del método jurídico tradicional, parecería que el neoconstitucionalismo critica un positivismo jurídico (el del siglo XIX) que hoy ningún autor suscribe; ignorando así el positivismo jurídico (del siglo XX) desarrollado frente al Derecho del Estado constitucional, que no es otro que el representado por la teoría de Kelsen o bien,

²⁷² J.A. GARCÍA, “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 3, 1986, pp. 151-182, en especial p. 152.

²⁷³ En este sentido, véase J.A. GARCÍA, *Retórica, argumentación y derecho*, obra citada, p. 136: “[d]esde los años cincuenta la situación de crisis de la metodología jurídica va a motivar una serie de respuestas estrechamente emparentadas por compartir una idea fundamental: que la demostración meramente lógica y la prueba empírica no son ciertamente aplicables al trabajo valorativo con el derecho, pero que ello no implica que la aplicación del derecho sea una operación perfectamente arbitraria y aleatoria, pues poseería su propia racionalidad”.

²⁷⁴ Ídem., p. 142: “[p]or otro lado, el estudio del derecho en clave lingüística y comunicativa viene dando lugar en los últimos años a dos enfoques que no se centran en la retórica en sentido estricto, pero que abren campos en los que la retórica jurídica puede ubicarse. Nos referimos [afirma J.A. García Amado] a la semiótica jurídica y a la concepción <narrativa> del derecho. Esta última, bajo distintas inspiraciones, entre las que se cuenta muy relevantemente la teoría de la deconstrucción de Derrida [...] [Además] El movimiento norteamericano de *Critical Legal Studies*, en su heterogeneidad, refleja en buena medida este planteamiento [...] En cuanto a la semiótica jurídica, responde al esfuerzo de una serie de juristas (B. Jackson, E. Landowski, D. Carzo, R. Carrion-Wan, R. Kelvelson, etc.) por trasladar el análisis semiótico al mundo jurídico, pero no sólo como análisis de textos, sino también y muy especialmente como análisis de interacciones sociales, con una fuerte presencia de la dimensión pragmática, atendiendo a los múltiples factores que inciden en la adscripción de <significación> al lenguaje jurídico y a los actos que desde él se califican” (p. 145).

por el positivismo jurídico hartiano que se defiende en esta investigación; pero más grave aún es que parecería que el neoconstitucionalismo confunde la Teoría del Derecho con la teoría de la argumentación jurídica, pero a ello me referiré en el siguiente capítulo. En fin, planteado en aquellos términos el argumento del neoconstitucionalismo es falso. Primero, porque en el capítulo primero mostré que la incorporación en la Constitución de contenidos materiales no es una novedad del Derecho del Estado constitucional. Segundo, porque no habría algo que nos permitiera suponer que el juez (positivista decimonónico) no tuvo que interpretar principios (del Código civil francés como la buena fe o el actuar con la diligencia de un buen padre de familia) antes de la segunda mitad del siglo XX. Tercero, porque entre reglas y principios hay una distinción débil, y es posible admitir con Guastini que la interpretación es capaz de transformar los principios en reglas y las reglas en principios ²⁷⁵. Y cuarto, porque como se acaba de decir no habría algo que nos permitiera suponer que lo señalado en el epígrafe anterior no es aplicable a la interpretación y aplicación de la Constitución. Si todo esto es así, permítaseme insistir en la falsedad del argumento del neoconstitucionalismo. Creo, sin embargo, que es necesario prestar atención a él si se toma en cuenta que, como se ha reiterado, la incorporación en la Constitución de contenidos materiales si no una novedad sí es un hecho innegable de las Constituciones posteriores a la segunda mitad del siglo XX. Si esto es así, quizás lo primero que convenga responder es a la pregunta de si ¿la interpretación de la Constitución es un caso especial de interpretación jurídica? Estoy hablando de la relación entre interpretación de la ley e interpretación de la Constitución. Es obvio que la pregunta admite dos respuestas ²⁷⁶. La primera distingue entre interpretación de la ley e interpretación de la Constitución. De este modo, M. Aragón no sólo las distingue, sino que además afirma que la peculiar interpretación de la Constitución es un rasgo del Derecho del Estado constitucional, pues para él conocer y “aplicar las técnicas, ciertamente complicadas (inevitablemente complicadas hay que decir), de la interpretación constitucional, como interpretación jurídica, y por ello objetiva, pero que goza de peculiaridades propias y que no se identifica exactamente con la interpretación legal, es también un requisito sustancial del

²⁷⁵ R. GUASTINI, *Distinguiendo...*, obra citada, p. 147.

²⁷⁶ Pero está fuera de discusión también que es posible ubicar posiciones intermedias entre estos extremos. Así por ejemplo, P. CUENCA, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto...*, obra citada, p. 448: “[a] mi modo de ver, la interpretación de la Constitución involucra los mismos problemas implicados en la atribución de significado a cualquier otro texto jurídico aunque, ciertamente, en este ámbito tales problemas se agudizan y presentan algunos perfiles propios”; por ejemplo, por la operatividad de los criterios de interpretación sistemático y literal. El primero porque no hay norma superior y, el segundo, por la particular indeterminación de las normas de la Constitución.

<constitucionalismo> en cuanto que es requisito de <aplicabilidad> de la constitución”²⁷⁷. P. Comanducci, por su parte, quien nos alertó sobre este argumento del neoconstitucionalismo teórico, sin duda, admite que la interpretación de la Constitución presenta especificidades respecto de la interpretación de la ley. Sin embargo, matiza que en todo caso lo que deba entenderse por interpretación de la Constitución dependerá de cómo se defina la propia Constitución. En sus palabras: “¿qué es la interpretación de la Constitución? Mi tesis [afirma Comanducci] –trivial, si queréis– es que la configuración del objeto Constitución sirve principalmente para determinar qué deba entenderse por interpretación de la Constitución, y no al revés [...] Según sea lo que se entienda por <Constitución>, se derivarán diferentes modos de entender la interpretación de la Constitución: y cabe plantearse [...] el problema de la especificidad respecto a cada uno de esos modelos”²⁷⁸. Esta primera respuesta que distingue entre interpretación de la ley e interpretación de la Constitución, tiene como premisa, según se dijo, la incorporación en la Constitución de contenidos materiales. Y esto es así, pues conviene insistir en que en opinión de autores como G. Zagrebelsky: “[b]asta reconocer que las normas de la Constitución, por ejemplo, en el tema de la dignidad e igualdad de todos los seres humanos y de los derechos fundamentales, aspiran a la universalidad, y que su interpretación, incluso a primera vista, no es la interpretación de un contrato, de una decisión administrativa, y ni siquiera de una ley, emanada de voluntades políticas contingentes. La interpretación constitucional es un acto de adhesión o de ruptura respecto a tradiciones histórico-culturales comprensivas, de las que las constituciones particulares forman parte”²⁷⁹. En fin, lo que esta primera respuesta afirma es la distinción entre la interpretación de la ley y la interpretación de la Constitución, y la premisa, insisto, es la incorporación en la Constitución de contenidos materiales como rasgo del Derecho del Estado constitucional. A. Marmor está de acuerdo con esta postura, pues afirma que interpretar la Constitución es diferente a interpretar la ley, aportando dos razones para explicar estas diferencias: “[l]a primera diferencia, y la más importante, es la que reside en la posibilidad de la revisión judicial en el derecho constitucional de Estados Unidos. En los

²⁷⁷ M. ARAGÓN, “La Constitución como paradigma”, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo...*, obra citada, p. 38.

²⁷⁸ P. COMANDUCCI, “Modelos e interpretación de la constitución” (1990), trad. de M. Ferrer Muñoz, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo...*, obra citada, pp. 41-67, en especial p. 42: “[d]e la reconstrucción que se ha efectuado se desprende con claridad que, si bien la respuesta a la pregunta sobre la especificidad de la interpretación constitucional es afirmativa en líneas generales, no hay que conceder a esa contestación excesiva importancia, porque los diversos autores responden en realidad a interrogantes diferentes, pues son diversos (al menos en parte) los objetos de que se ocupan. Sólo una descomposición analítica de la pregunta permite mostrar esas diversidades –y así es de desear– ayuda a evitar discusiones inútiles” (p. 65).

²⁷⁹ G. ZAGREBELSKY, “Jueces constitucionales” (2006), trad. de M. Carbonell, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo...*, obra citada, pp. 91-104, en especial p. 94.

casos no constitucionales, las decisiones de los tribunales están sujetas a modificación y veto mediante las leyes ordinarias [...] El caso es muy diferente en el derecho constitucional: vetar una decisión de la Corte Suprema cuando ha invalidado un acto de las ramas políticas por razones constitucionales es un procedimiento extremadamente difícil, casi impracticable”²⁸⁰. Y la segunda diferencia “proviene del hecho de que, en la medida en que se puede considerar que la constitución expresa las concepciones de determinadas personas, se trata de las concepciones de personas que han muerto hace siglos [...] Por supuesto, no sólo hay viejas constituciones, sino también leyes antiguas. Pero, nuevamente, la diferencia es llamativa: dada la importancia relativa de la constitución en el funcionamiento del sistema jurídico y de las dificultades involucradas en el proceso de corrección, el problema intergeneracional se presenta como una de las preocupaciones principales de la teoría constitucional. Por otro lado, en cuanto es un problema de la interpretación de las leyes, puede ser aislado como un problema particular que trata de una clase determinada de leyes”²⁸¹. En fin, hasta aquí he mostrado la opinión de algunos autores quienes sostienen la distinción entre interpretación de la ley e interpretación de la Constitución. Sin embargo, según se dijo, esta no es la única respuesta que se ha formulado a la pregunta objeto de este epígrafe. La segunda respuesta a la pregunta de si la interpretación de la Constitución es un caso especial de interpretación jurídica, es aquella que afirma la identidad entre interpretación de la ley e interpretación de la Constitución. En *Derechos y decisiones interpretativas*, Barranco parte de la premisa de que el juez tiene la obligación de resolver conforme a Derecho todo caso que se someta a su conocimiento. Admite que la interpretación/aplicación de la Constitución es problemática, especialmente en el caso de aquellas normas con contenidos materiales, porque son imprecisas, remiten a conceptos no jurídicos o bien, porque se traducen en exigencias que pueden resultar contradictorias. Reseña además, que en el debate en torno a la identidad o no entre interpretación de la ley e interpretación de la Constitución se han esgrimido dos razones: la especificidad del sujeto y la especificidad del objeto; pero en su opinión, ninguna de ellas es admisible²⁸². Por ello, a su modo de ver la interpretación de la Constitución no es un caso especial de interpretación jurídica. Su argumento está centrado en los derechos, pues “si consideramos que los derechos fundamentales son normas, también hemos de aceptar que en relación con su interpretación se reproducen los mismos problemas que en relación con la

²⁸⁰ A. MARMOR, *Interpretación y teoría del Derecho*, obra citada, p. 220.

²⁸¹ Ídem., p. 221.

²⁸² M.C. BARRANCO, *Derechos y decisiones interpretativas*, obra citada, p. 105.

interpretación jurídica en general”²⁸³. En palabras de Cuenca, esta tesis de Barranco “consiste en entender la interpretación constitucional y, por tanto la interpretación de los derechos, como supuestos de interpretación del Derecho. A propósito de esta cuestión, el principal argumento que se esgrime consiste en la consideración de la Constitución como una auténtica norma jurídica”²⁸⁴. Estoy de acuerdo en que la interpretación de la Constitución no es un caso especial de interpretación jurídica. De hecho, defiendo que el positivismo jurídico hartiano ofrece una explicación adecuada de la interpretación jurídica que resulta aplicable tanto a la Constitución como a la ley; pero defiendo también que aún si la interpretación de la Constitución fuera diferente de la interpretación de la ley, la teoría de Hart seguiría siendo capaz de explicarla. Para justificar esta última afirmación, propongo analizar aquellas implicaciones que se seguirían de la existencia de la especificidad de la interpretación de la Constitución. Guastini desarrolla este análisis, pero quizás lo primero que convenga decir es que está de acuerdo en la identidad entre interpretación de la ley e interpretación de la Constitución, y como se acaba de decir propone un análisis interesante *como si* existiera la especificidad de la interpretación constitucional. De este modo, para Guastini, si la especificidad de la interpretación constitucional existiera afectaría varios aspectos, pero no a la naturaleza de la interpretación jurídica. Estos aspectos son los agentes, las técnicas y los problemas de interpretación. En relación con los agentes de la interpretación, Guastini sostiene que para identificar a los agentes es necesario identificar primero a los destinatarios de la Constitución, porque esta es interpretada por sus destinatarios. Para ello es necesario distinguir tres variables. La primera es la concepción de la Constitución. Esto es, si la Constitución responde a la función de limitar el poder político o bien, a modelar las relaciones sociales. Si la función de la Constitución es limitar el poder político, los destinatarios son los órganos constitucionales supremos, y ellos son los intérpretes, sin que la Constitución sea interpretada por el juez ordinario. En cambio, si la función de la Constitución es modelar las relaciones sociales, el juez ordinario sí es intérprete de la Constitución. La segunda variable es el régimen jurídico de la Constitución. Esto es, si la Constitución es rígida o flexible. Si la Constitución es flexible, el intérprete es el legislador. Si la Constitución es rígida hay que distinguir, por una parte, si el control de constitucionalidad es difuso, el intérprete es el juez ordinario; y por otra, si el control de constitucionalidad es concentrado, el intérprete es el juez constitucional. Y la tercera variable es el contenido normativo de la Constitución. Si la

²⁸³ Ídem., p. 129.

²⁸⁴ P. CUENCA, *María del Carmen BARRANCO AVILÉS*, Derechos y decisiones interpretativas, *Marcial Pons, Madrid, 2004, 158 pp.*, obra citada, p. 255.

Constitución sólo contiene normas sobre la organización de los poderes públicos, estos son los intérpretes. Pero no debe perderse de vista que “los conflictos de poder entre los órganos del Estado pueden ser “justiciables”, esto es, susceptibles de solución en sede jurisdiccional, o no serlo en absoluto. En la mayor parte de las constituciones modernas, en realidad, los conflictos de poder no son justiciables, pero se da también el caso contrario y que el juez competente para resolver dichos conflictos sea el juez constitucional” ²⁸⁵. Si la Constitución además de normas sobre la organización de los poderes públicos, contiene una declaración de derechos, el intérprete es el legislador ordinario, si la Constitución es flexible; o bien, el juez ordinario, si la Constitución es rígida y el control de constitucionalidad es difuso; o bien, el juez constitucional, si la Constitución es igualmente rígida, pero el control de constitucionalidad es concentrado. Si la Constitución además de normas sobre la organización de los poderes públicos y una declaración de derechos contiene normas programáticas y principios, la pregunta sobre quién es su intérprete se contesta conforme a lo antes señalado, esto es, depende de la función y del régimen jurídico de la Constitución. En relación con las técnicas interpretativas, se ha sostenido que en el caso de la Constitución deben utilizarse técnicas diferentes a las de la ley. Guastini reseña que, por ejemplo, si la Constitución es producto unilateral de una autoridad, se busca la intención del legislador; en cambio, si la Constitución es pactada, se busca la intención no ya del único legislador sino de las partes. Por otro lado, señala también que se ha sostenido una interpretación liberal de la Constitución, que extiende los derechos de libertad en detrimento del poder estatal. O bien, se ha sostenido también que la Constitución no admite la interpretación literal: “[l]as disposiciones constitucionales (si no todas, gran parte de ellas) –suele decirse– son formuladas en un lenguaje extremadamente vago: son en realidad “principios”, más bien que “normas” o “reglas específicas”; y la indeterminación de las formulaciones es precisamente un rasgo característico de las disposiciones de principio. Por otro lado, los principios no pueden ser entendidos literalmente: la interpretación literal de un principio no tiene otro efecto que el de privarlo de todo contenido prescriptivo y hacerlo, así, inutilizable en la aplicación del derecho” ²⁸⁶. En contra de esta última idea, Guastini argumenta que: “[s]e puede sostener, en cambio, que si el pretendido contenido prescriptivo de los principios no puede ser capturado mediante la interpretación literal –esto es, confiando en el significado común de las palabras– entonces ese contenido prescriptivo, simplemente, no existe” ²⁸⁷. En fin, se ha argumentado

²⁸⁵ R. GUASTINI, *Distinguiendo...*, obra citada, p. 291.

²⁸⁶ Ídem., p. 294.

²⁸⁷ Ídem., p. 295.

también que la interpretación de la Constitución no es la misma que la de la ley, toda vez que a diferencia de esta última, la Constitución exige una interpretación evolutiva, esto es, atribuir al texto un significado distinto al histórico de manera que sea posible adecuar su contenido a las exigencias sociales y políticas actuales. Y por último, en relación con los problemas de interpretación Guastini distingue los siguientes. Un primer problema afecta a las Constituciones que nada dicen sobre su revisión. El problema es que frente a esta situación surge la duda de si la Constitución es flexible o rígida. Un segundo problema se refiere a las Constituciones que contienen una declaración de derechos. El problema es si estos son “declarados” o bien, “constituidos” por la Constitución. Si los derechos son declarados o reconocidos, la postura es iusnaturalista, el catálogo de aquellos se entiende cerrado y sustraído a la revisión constitucional. En cambio, si los derechos son constituidos o establecidos por la Constitución, la postura es positivista, el catálogo de aquellos es abierto y susceptible de revisión constitucional. Otros problemas son los relativos al valor jurídico de los preámbulos o bien, los límites lógicos de la revisión constitucional o la “plenitud” de la Constitución, es decir, si contiene normas que limitan el contenido de cualquier ley futura. A este último problema me referí en el capítulo anterior. Aquí como señalé no hice más que reproducir esta larga explicación de Guastini sobre aquellos aspectos que se verían afectados si existiera la especificidad de la interpretación de la Constitución, aunque como afirmé también no debe perderse de vista que Guastini identifica entre interpretación de la ley e interpretación de la Constitución que, dicho sea de paso, es la tesis que se sostiene en la presente investigación. Efectivamente, además de las razones apuntadas en las primeras líneas de este epígrafe, a mi forma de ver las cosas la interpretación de la Constitución no es un caso especial de interpretación jurídica; o dicho de otra forma, sostengo la identidad entre interpretación de la ley e interpretación de la Constitución. Primero, porque coincido con Guastini cuando afirma que la interpretación de la Constitución en nada afectaría a la naturaleza de la interpretación jurídica, es decir, lo sostenido en el epígrafe anterior es aplicable a la interpretación constitucional. Y segundo, porque admito con Barranco que la interpretación de la Constitución no se distingue de la interpretación de la ley por el sujeto ni por el objeto. Lo primero ya que, y de aquí entre otras razones la utilidad de la explicación de Guastini, si la Constitución es flexible el intérprete es el legislador y este es otro tema; pero si la Constitución es rígida y el control de constitucionalidad es difuso será un juez quien interpreta; pero si la Constitución es igualmente rígida y el control de constitucionalidad es concentrado, el intérprete no es otro más que el órgano de características jurisdiccionales habilitado para ello al que hice referencia en el primer apartado de este capítulo. Lo segundo,

porque conviene insistir en que antes de la segunda mitad del siglo XX los sistemas jurídicos incorporaron contenidos materiales que el juez tuvo que interpretar para aplicar el Derecho y resolver el caso concreto, y aun cuando admitiésemos que la gran mayoría de las normas de las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial son (o funcionan a la manera de) principios, no se pierda de vista que entre estos y las reglas la distinción es de grado. En fin, si estas conclusiones son correctas, lo interesante ahora es analizar las teorías que han propuesto una solución al problema de la interpretación. A ello se dedicará el siguiente capítulo.

CAPÍTULO IV

El papel del juez en el Derecho del Estado constitucional (II):

the Nightmare and the Noble Dream

y la tesis de la determinación parcial del Derecho

En el capítulo anterior afirmé que el neoconstitucionalismo ha esgrimido un tercer argumento que sostiene que el positivismo jurídico, en general, es incapaz de explicar el papel del juez en el Derecho del Estado constitucional, porque la descripción que ofrece para interpretar el texto constitucional es inadecuada frente al cambio que la incorporación en la Constitución de contenidos materiales supuso respecto de la práctica jurisprudencial. En relación con ello señalé que convenía preguntarnos ¿qué es interpretación? ¿la interpretación de la Constitución es un caso especial de interpretación jurídica? y ¿qué teorías se han formulado para explicar la interpretación jurídica? Propuse denominar al conjunto de estas preguntas como *El problema de la interpretación del Derecho del Estado constitucional*. En relación con la primera, mostré que es común leer que interpretar es atribuir significado a un enunciado lingüístico, pero no está claro si dicha atribución es siempre necesaria o bien, sólo en caso de duda; y sostuve que interpretación jurídica es aquella en que dicho enunciado está contenido en un texto jurídico. Y en relación con la segunda pregunta, concluí que la interpretación de la Constitución no es un caso especial de interpretación jurídica. De este modo, toda teoría que proponga una solución al problema de la interpretación jurídica es aplicable a la ley y la Constitución. Líneas atrás afirmé también que el debate central de este capítulo es aquel sostenido, por una parte, entre las teorías que afirman la tesis de la total indeterminación del Derecho, y que aquí identificaré con el movimiento teórico denominado “realismo jurídico”; y por otra, aquellas que sostienen la tesis de la total determinación del Derecho, por ejemplo el “Derecho como integridad” de Dworkin. H.L.A. Hart examina este debate en *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*²⁸⁸. En este artículo, afirma que la Teoría del Derecho americana está marcada por concentrarse, casi al punto de la obsesión, en el proceso judicial: qué es lo que las cortes hacen y deben hacer, cómo razonan los jueces y deben razonar al decidir los casos particulares. Para demostrarlo cita a O.W. Holmes, quien dijo que las profecías sobre lo que los tribunales de hecho harán, y

²⁸⁸ H.L.A. HART, “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream” (1977), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Nueva York, 2001, pp. 123-144.

nada más pretencioso es lo que entendía por Derecho; además refiere a J.C. Gray y K. Llewellyn. En fin, Hart reitera que en esta lección destacará la concentración de la Teoría del Derecho americana en el proceso judicial, asegurando que se trata de uno de sus rasgos característicos. La explicación de esta concentración es, sin duda, el extraordinario papel que los tribunales, pero sobre todo la Corte Suprema de los Estados Unidos, juegan en el Gobierno americano. Un abogado inglés se dará cuenta que este papel de la Corte es claro por dos aspectos. El primero es que las decisiones de la Corte tienen el poder de revisar y declarar la inconstitucionalidad de normas, invalidando leyes del Congreso y de las legislaturas estatales. Y el segundo está relacionado con la cláusula del *due process of law* de las Enmiendas V y XIV, que no sólo se refiere a la forma o procedimiento, sino también al contenido de la legislación ²⁸⁹. Los abogados o filósofos del Derecho se han preguntado qué concepción de la naturaleza del Derecho es compatible con estos poderes judiciales. Ciertamente, la Teoría del Derecho americana no ha evadido esta cuestión, pero el desarrollo de teorías para explicar este extraordinario fenómeno judicial ha oscilado entre dos extremos con muchos puntos intermedios. A estos extremos Hart les llama “*the Nightmare and the Noble Dream*” ²⁹⁰. Permítaseme adoptar esta distinción no sólo para titular este capítulo, sino también para examinar a partir de ella las teorías que han ofrecido una solución al problema de la interpretación. En el primer apartado, mostraré las teorías que han sostenido *the Nightmare* o la tesis de la total indeterminación del Derecho que, según se acaba de decir, identificaré con el movimiento teórico denominado “realismo jurídico”. Y en el segundo apartado, mostraré *the Noble Dream* o la tesis de la total determinación del Derecho que ejemplificaré con la teoría de R. Dworkin. De este modo, dedicaré las siguientes líneas al realismo jurídico que, en palabras de Atienza, quizás lo primero que convenga advertir es que: “[a]lgunos juristas –encuadrados en el movimiento que se ha llamado “realismo jurídico”– han tendido a identificar el Derecho no con las normas, sino con las conductas: el Derecho, para ellos, es comportamiento humano y, en particular, comportamiento de los jueces y de otros funcionarios” ²⁹¹; o bien, avanzar con Moreso que: “[l]a *Pesadilla* es una concepción del derecho según la cual los jueces nunca aplican un derecho preexistente a los casos que resuelven, sino que siempre crean el Derecho. La *Pesadilla* suele estar asociada al realismo jurídico americano” ²⁹².

²⁸⁹ Ídem., pp. 124 y 125.

²⁹⁰ Ídem., p. 125.

²⁹¹ M. ATIENZA, *El sentido del Derecho*, obra citada, p. 70.

²⁹² J.J. MORESO, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, obra citada, p. 206.

1. *The Nightmare* o la tesis de la total indeterminación del Derecho

Líneas atrás afirmé que el problema de la interpretación del Derecho del Estado constitucional gira en torno al debate sostenido entre, por una parte, las teorías que postulan la tesis de la total indeterminación del Derecho y, por otra, aquellas que afirman la tesis de la total determinación del Derecho. Señalé también que en esta investigación identificaré al primer grupo de teorías con el movimiento teórico denominado “realismo jurídico”. A mi forma de ver las cosas, está justificado detenerme a analizar el realismo jurídico porque como se verá es un claro ejemplo de teorías que sostienen la tesis de la total indeterminación del Derecho; pero además, está justificado este análisis si admitidos como lo hizo L.L. Hierro desde el Prólogo a la segunda edición de *El realismo jurídico escandinavo: Una teoría empirista del derecho* ²⁹³ que: “[a]mbos movimientos [se refiere a las variedades americana y escandinava del realismo jurídico] en cualquier caso, desempeñaron un papel protagonista en el desarrollo del pensamiento jurídico occidental durante el siglo XX y dejaron su impronta en el planteamiento y la solución de los problemas que todavía hoy nos siguen preocupando. Creo que esta es una buena razón para, todavía hoy, estudiarlos” ²⁹⁴. De esta cita de Hierro se sigue, además, que el realismo jurídico no es un movimiento teórico unitario, sino que se han formulado variedades como la americana y la escandinava, aunque también la genovesa como veremos más adelante. Aquí en cambio, propongo analizar en primer término el realismo jurídico americano porque recuérdese que estamos siguiendo la distinción establecida por Hart en *American Jurisprudence through English Eyes*. De este modo, al realismo jurídico americano dedicaré el primer epígrafe de este apartado.

1.1. Realismo jurídico americano

Efectivamente, Hart identifica *the Nightmare* con el realismo americano. Se trata de un movimiento teórico desarrollado en los Estados Unidos durante la década de 1920-30, cuyos principales representantes fueron, entre otros, K. Llewellyn y J. Frank; aunque el precursor de

²⁹³ L.L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo: Una teoría empirista del derecho* (1979), Iustel, 2ª ed., Madrid, 2009.

²⁹⁴ Ídem., p. 25.

este movimiento fue sin duda el juez O.W. Holmes ²⁹⁵. En 1897, pronunció un discurso ²⁹⁶ que es considerado como el punto de partida del realismo americano. En efecto, como nos recuerda J. Cueto: “[h]acia finales del siglo pasado [XIX] el 8 de enero de 1897, Oliver Wendell Holmes pronunció una conferencia ante los alumnos de la Escuela de Derecho de la Universidad de Boston, con el título de “The Path of the Law”. Ella tuvo una excepcional repercusión. Llevó a la profunda renovación de los estudios jurídicos en Estados Unidos, que se extendió luego a la Europa nórdica. Ese pensamiento se mantiene vivo y vigente en nuestros días” ²⁹⁷. Si esto es así, está justificado detenernos a analizar este discurso del precursor del realismo jurídico americano. Este discurso inició con las siguientes palabras: “[c]uando estudiamos Derecho no estamos estudiando algo misterioso sino una profesión bien conocida. Estamos estudiando aquello que necesitaremos para actuar ante los tribunales o para aconsejar a la gente al objeto de que se mantenga alejada de ellos [...] El objeto de nuestro estudio, entonces, es la predicción: la predicción de la incidencia de la fuerza pública a través de la actuación de los tribunales” ²⁹⁸. Este estudio tiene como materiales las recopilaciones jurisprudenciales, los tratados doctrinales y las leyes de Estados Unidos y de Inglaterra. Se trata de un conjunto de predicciones del pasado sobre los casos que se resolverán en el futuro. Se busca que este conjunto de profecías sean precisas y generales hasta formar un sistema coherente. Estas profecías no son sino el conjunto de derechos y deberes, y así si alguien hace u omite ciertas cosas sufrirá o no las consecuencias de la sentencia de un tribunal. Este es, pues, un conjunto de predicciones que sistematizadas llamamos Derecho; respecto del cual, quizás lo primero que deba definirse son sus límites. Aquí Holmes habla de la relación entre el Derecho y la moral: “[e]l Derecho es el testimonio y el depósito externo de nuestra vida moral. Su historia es la historia del desarrollo moral de la especie humana” ²⁹⁹, pero es necesario distinguir al Derecho de la moral si lo que se pretende es estudiarlo como una actividad profesional con límites definidos. Para ello, Holmes propone la tesis del hombre malo ³⁰⁰. Si uno quiere saber qué es el Derecho debe verlo como lo haría un hombre malo,

²⁹⁵ H.L.A. HART, “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream” (1977), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, obra citada, p. 126.

²⁹⁶ O.W. HOLMES, *La senda del Derecho* (1897), trad. de J.I. Solar Cayón, Marcial Pons, Madrid, 2012.

²⁹⁷ J. CUETO, “Prólogo”, a J. FRANK, *Derecho e incertidumbre* (1951), trad. de C.M. Bidegain, Fontamara, 2ª ed., México, 1993, pp. 7-22, en especial p. 7.

²⁹⁸ O.W. HOLMES, *La senda del Derecho*, obra citada, p. 55.

²⁹⁹ *Ídem.*, p. 57.

³⁰⁰ La importancia de Holmes es su propuesta sobre un nuevo enfoque para examinar los fenómenos jurídicos. En este sentido, véase J. CUETO, “Prólogo”, a J. FRANK, *Derecho e incertidumbre*, obra citada, p. 7. Holmes: “[p]ropone adoptar el punto de vista del “bad man” al meditar sobre las consecuencias probables de una determinada conducta. Para el “bad man” lo importante es saber si la acción programada ocasionará la reacción punitiva de un órgano del Estado. La predicción de esa reacción es el derecho”.

pues a él sólo le interesarán las consecuencias que dicho conocimiento del Derecho le permitirán predecir. Si nos preguntamos, por tanto, qué es el Derecho, reseña Holmes, algunos señalarán que es algo distinto a lo que dirán los tribunales o bien, que se trata de un sistema racional o el producto de una deducción a partir de principios. Pero al hombre malo nada de esto le interesará pues lo que quiere saber es qué harán los tribunales. Holmes está de acuerdo. Por ello, para él: “[l]as profecías acerca de lo que los tribunales harán realmente, y nada más pretencioso que eso, es lo que yo entiendo por Derecho” ³⁰¹. Para mostrar que esto es así, propone usar el concepto de deber jurídico. Para el hombre malo no sería más que una profecía de que si hace algunas cosas se verá sujeto a ciertas consecuencias. Entre otros ejemplos, cita el caso del derecho contractual en donde el deber de cumplir un contrato no será otra cosa más que una predicción de que si el hombre malo no lo hace pagará una indemnización. En fin, recuérdese que lo anterior se dijo a propósito de la distinción que debe existir entre Derecho y moral, hablando de los límites del primero. Pero es necesario referirse ahora a la fuerza que determina el contenido del Derecho. Se dice, afirma Holmes, que esta fuerza es la lógica, y quizás esto sea así en términos generales, el peligro, sin embargo, es “la idea de que un sistema jurídico determinado [...] puede ser elaborado, como las matemáticas, a partir de algunos axiomas generales de nuestra conducta” ³⁰². Lo que Holmes quiere decir es que el juez debe tomar en cuenta otros aspectos, y no la simple lógica que siempre estaría presente en una decisión de una u otra forma. Por ello, por ejemplo: “[c]reo [afirma Holmes] que los propios jueces no han reconocido suficientemente su deber de sopesar las consideraciones de utilidad social” ³⁰³. Pero, en fin, no sólo se trata del uso de la lógica en el Derecho, sino también de analizar el Derecho como objeto de estudio y el ideal hacia donde se orienta. El Derecho de hoy no es más que la sucesión de pasos de una generación a otra que de alguna forma se “imita”; las normas se toman por tradición, y a ella acudimos para saber por qué una norma es así; la historia es, sin duda, importante; aunque más adelante se matizará esta idea. En suma: “[l]a historia debe ser una parte del estudio, porque sin ella no podemos conocer el alcance preciso de las normas que debemos manejar. Es una parte de ese estudio racional porque constituye el primer paso hacia un escepticismo ilustrado, es decir, hacia una deliberada revisión del valor de aquellas normas. Es preciso, así, repensar el valor de una norma cuyos motivos o razón de ser establecidos en el pasado, hoy no tienen razón de

³⁰¹ O.W. HOLMES, *La senda del Derecho*, obra citada, p. 60.

³⁰² Ídem., p. 69.

³⁰³ Ídem., p. 72.

ser”³⁰⁴. Además, no debe perderse de vista que: “[e]n todos los sectores del Derecho el fundamento de los principios es la tradición, hasta el punto de que corremos el peligro de considerar el papel de la historia más importante de lo que en realidad es”³⁰⁵. En fin, el estudio de la historia debe ser mínimo y así poder dedicarnos al estudio de los fines del Derecho. Aquí Holmes propugna por el estudio de la economía pero, también, de la Teoría del Derecho que tal y como él la concibe “es simplemente el estudio del Derecho en su forma más general. Todo esfuerzo por reducir un caso a una norma forma parte de la Teoría del Derecho”³⁰⁶. En suma, son necesarias la teoría y la historia del Derecho, pero también los fines del mismo y las razones que explican tales fines. Creo que la mejor forma de resumir la postura de Holmes es admitir con J.I. Solar que: “[e]l resultado es, por tanto, una singular caracterización del Derecho en términos estrictamente fácticos. Mientras que todas las escuelas jurídicas, más allá de sus irreconciliables discrepancias, coincidían sin embargo en su concepción básica del Derecho como un sistema normativo, la definición de Holmes pretende anclar el fenómeno jurídico en realidades tangibles, iniciando así una vía de aproximación que será explorada por el realismo jurídico tres décadas más tarde. El centro de la escena jurídica viene a estar ocupado ahora, no por principios o por normas, sino por ciertos hechos sociales relativos a la conducta o actuación de determinadas personas involucradas en la resolución de los conflictos jurídicos, especialmente los jueces. El Derecho se presenta así como las decisiones de los tribunales o, por mejor decir, como las predicciones de las decisiones judiciales”³⁰⁷. Si no perdemos de vista además el escepticismo frente a las reglas, creo que es posible afirmar que para Holmes el Derecho no es más que la decisión del juez; dicho de otra forma, el Derecho es superfluo, pues en última instancia lo que vale es la decisión del juez, quien actúa como *el* legislador. En línea de principio, Hart no está de acuerdo con esta última conclusión; pues afirma que en el caso de Holmes, ciertamente nunca fue a estos extremos. Él concedió que una amplia área del Derecho establecido y muchas doctrinas firmemente establecidas del *common law* hacían que la teoría americana del precedente estuviera lo suficientemente determinada como para hacer absurda la representación del juez como un creador de Derecho primario. Para Holmes, la función creadora de Derecho del juez es “intersticial”³⁰⁸. Pero más adelante en *American Jurisprudence through English Eyes*, a partir

³⁰⁴ Ídem., p. 75.

³⁰⁵ Ídem., p. 79.

³⁰⁶ Ídem., p. 85.

³⁰⁷ J.I. SOLAR, “Holmes: El inicio de una nueva senda jurídica”, “Estudio Preliminar”, a O.W. HOLMES, *La senda del Derecho*, obra citada, pp. 11-47, en especial p. 34.

³⁰⁸ H.L.A. HART, “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream” (1977), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, obra citada, p. 128.

de la premisa de que Holmes es, según se dijo, el precursor del realismo americano, Hart afirma que si bien es cierto que los abogados difieren unos de otros, y es difícil decir en qué consiste el “realismo” de este movimiento, no lo es menos que sí es posible decir que todos insistirán en que para entender el Derecho todo lo que importa es qué hacen los tribunales y la posibilidad de predecirlo; no, en cambio, lo que las reglas de papel (*paper rules*) digan ni tampoco las razones que los jueces den para sus decisiones ³⁰⁹. Estoy de acuerdo con Hart en que es difícil decir en qué consiste el “realismo” de la variedad americana. Y estoy de acuerdo también en que sí es posible afirmar que todo autor perteneciente a este movimiento teórico reduce el Derecho a la decisión del juez, como quedó claro según se acaba de ver en el pensamiento de su precursor. Pero quizás para justificar esta conclusión, convenga exponer la postura de uno de los principales representantes del realismo jurídico americano que, como se dijo en las líneas introductorias a este epígrafe, es J. Frank. La elección por Frank, en detrimento de otros autores, obedece a que ha sido considerado “el más coherente, el más extremo y el más audaz de los juristas enrolados en el llamado “realismo jurídico” ³¹⁰ americano; incluso es posible afirmar con J.I. Solar que “la adecuada comprensión del pensamiento de Frank se revela casi como un presupuesto imprescindible para despejar el camino hacia una más certera reinterpretación y una mejor evaluación del sentido, los objetivos y el alcance del proyecto realista en general” ³¹¹. Esto es así, porque como explica el propio Solar, la obra de Frank supuso la “aplicación del enfoque y las herramientas metódicas realistas al análisis de la formación de la premisa fáctica del silogismo judicial, dirigiendo así el foco de atención hacia una zona de la experiencia jurídica que hasta aquel momento había sido generalmente descuidada por el jurista” ³¹². De este modo, lo primero que conviene advertir es que a Frank no le interesan, o por lo menos no del todo ³¹³, las cuestiones

³⁰⁹ “Some claimed that knowledge of the judge’s character, habits of life, political, social or economic views, even the state of his health, was at least as important a basis for successful prediction of a decision as legal doctrine” (Ídem., p. 131).

³¹⁰ J. CUETO, “Prólogo”, a J. FRANK, *Derecho e incertidumbre*, obra citada, p. 10.

³¹¹ J.I. SOLAR, *El realismo jurídico de Jerome Frank: Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2004, p. 19. Pero en relación con el estudio de la obra de Frank, el propio Solar nos advierte que: “[u]no de los presupuestos fundamentales para llevar a cabo una interpretación mínimamente coherente del pensamiento de Frank es sin duda la adopción de una actitud de cautela, e incluso de abierta desconfianza, respecto de los resultados a que nos conduciría una interpretación estrictamente literal de sus palabras [...] Tomar lo que Frank dice <en serio> es muchas veces el camino más seguro para verse abocado a un laberinto de sinsentidos y contradicciones. De manera que muchas de sus afirmaciones, especialmente aquellas que, por ser precisamente las más llamativas, se han convertido en las más emblemáticas de su obra, han de ser frecuentemente contrastadas a la luz de una interpretación sistemática con otras ideas y posiciones mantenidas en la misma” (p. 40).

³¹² Ídem., pp. 19 y 20.

³¹³ Efectivamente, Solar apunta que: “[n]ormas y discreción aparecen en una lectura coherente de la obra de Frank como factores igualmente necesarios en el proceso judicial. El énfasis en la discreción como un componente central de la actividad judicial no implica el rechazo de las normas sino —en la línea de sus

normativas, cómo se crean o interpretan las normas. Para él los litigios no surgen porque las partes tengan un desacuerdo sobre el significado de las normas sino por divergencias acerca de los hechos. Por ello, la crítica de Frank es la falta de interés “por esclarecer los problemas planteados por la prueba judicial de los hechos controvertidos”³¹⁴. Frank concentra su interés en la producción de la prueba: “[l]e preocupa [...] estudiar el proceso por virtud del cual los jueces de primera instancia fijan los “hechos” del caso que determinarán la aplicabilidad o inaplicabilidad de una determinada norma”³¹⁵. En fin, creo que estas líneas preliminares nos permitirán analizar a continuación la postura de Frank en su principal obra *Derecho e incertidumbre*³¹⁶. En ella, Frank afirma que frente a un problema no resuelto la falta de solución a él causa a su vez resultados negativos: “[u]no de esos problemas que, en tanto permanezca sin solución, provocará dramas diarios es el de obtener un conocimiento correcto de los hechos en la etapa probatoria de los pleitos judiciales”³¹⁷. Como se dijo, la importancia de Frank obedece a que “gran parte de su obra se dedicó, de forma pionera, a estudiar el complejo proceso de formación de la premisa fáctica del razonamiento judicial con el objeto de desvelar los distintos factores de indeterminación presentes en el mismo. Surge así lo que Frank denominó el *fact skepticism*”³¹⁸. En fin, obtener un conocimiento correcto de los hechos es un problema porque para decidir un caso se aplica la norma a los hechos. Hechos ocurridos en el pasado que el juez no puede ver y, por ello, sólo puede formarse una “creencia” sobre ellos; que se forma, por ejemplo, a través de los testigos³¹⁹. De esta forma, como afirma Solar, para Frank, “[e]l *fact skepticism* parte básicamente de la constatación de que, desde el punto de vista focal asumido por el realista –esto es, desde la perspectiva del abogado o su cliente inmerso en un procedimiento judicial-, y a todos los efectos prácticos,

propuestas sobre la utilización de las normas como ficciones y la explotación fructífera de la ambigüedad o, específicamente en el ámbito del *common law*, sobre la apreciación metafórica de los precedentes- la necesidad de tener en cuenta a la hora de su aplicación aquellas circunstancias singulares del caso particular que requieren una cualificación de las exigencias generales de la norma o, dado el caso, la distinción del precedente. El derecho, y la justicia, precisan de una dimensión generalizadora y racional que viene suministrada por la existencia de normas jurídicas” (Ídem., pp. 190 y 191).

³¹⁴ J. CUETO, “Prólogo”, a J. FRANK, *Derecho e incertidumbre*, obra citada, p. 13.

³¹⁵ Ídem., p. 21.

³¹⁶ J. FRANK, *Derecho e incertidumbre*, obra citada.

³¹⁷ Ídem., p. 25.

³¹⁸ J.I. SOLAR, *El realismo jurídico de Jerome Frank...*, obra citada, p. 105.

³¹⁹ Por ello, no debemos perder de vista que en la teoría de Frank, como señala Solar: “[l]os hechos judiciales son, desde esta perspectiva, un tipo particular de hechos históricos, y los métodos judiciales de averiguación de tales hechos son, en principio, análogos a los utilizados por el historiador. La actividad del juez, como la del historiador, se dirige a la determinación de unos hechos singulares y pretéritos a los que no tuvo, ni tampoco puede tener, acceso directo” (Ídem., pp. 231 y 232). Pero, como advierte el propio Solar, “el acceso de los jueces o los jurados a los hechos del caso se halla condicionado –y ésta sería la principal diferencia con respecto a la tarea del historiador- por su sujeción a un determinado procedimiento normativo y formalizado de indagación” (p. 245). De ahí se entiende ahora lo antes dicho sobre el papel de los testigos.

los hechos del caso resultan ser, no los hechos efectivamente acontecidos en un momento histórico pretérito, sino aquellos que, coincidiendo o no con tales acontecimientos históricos son establecidos por el tribunal en el marco del proceso”³²⁰. Por ello, es obvio que aquella creencia puede diferir de los hechos realmente sucedidos por varias razones tales como el error del testigo y del propio juez. Lo importante es tener claro que este error puede interferir “en la predicción de las sentencias judiciales futuras”³²¹. El problema es, pues, creer que la determinación judicial de los hechos es una tarea simple. Dicho lo anterior, Frank critica la obra de otro autor (Cohen) que aquí no es necesario reproducir sino únicamente destacar que para Frank es un error pasar por alto la prueba de los hechos para predecir la decisión del juez. En su opinión: “[p]ues en la gran mayoría de los pleitos los abogados no tienen la menor dificultad en anticipar qué normas jurídicas aplicarán los tribunales, desde que la mayoría de estas normas son precisas y bien asentadas y ni las partes ni los jueces se molestan por ellas, porque los únicos problemas son problemas de hecho”³²². Así la mayoría de los pleitos son sobre los hechos, en los que la decisión depende de la creencia del juez sobre esos hechos pasados. Por ello, la tesis de Frank es que: “[l]a predicción de las sentencias futuras en los “pleitos sobre hechos” que todavía no se han iniciado, significa la predicción de estas futuras creencias de los jueces y jurados sobre los hechos pasados”³²³. Y en la determinación de esos hechos el papel central lo tiene el juez de primera instancia, pues para el tribunal superior aquellos serán hechos “dados” sobre los que no se detendrá. De este modo, en opinión de Solar: “[l]os hechos, tradicionalmente arrojados a la periferia de la teoría jurídica, son traídos ahora al centro de la escena jurídica. Y esta irrupción tiene también su repercusión en el plano institucional en cuanto induce a una reevaluación de la importancia de los distintos órganos jurisdiccionales. El establecimiento de los hechos constituye el dominio por excelencia del *trial judge*, el juez de primera instancia, ante cuyos pronunciamientos fácticos el tribunal superior se halla frecuentemente atado de pies y manos”³²⁴. En suma, para Frank: “[e]l elemento central alrededor del cual giran casi todos los pleitos es la creencia o incredulidad del juez de primera instancia, o del jurado, respecto de las afirmaciones hechas bajo juramento por algunas de las personas que deponen como testigos; la formación de esa creencia o incredulidad constituye la dificultad primaria para decidir la mayoría de los pleitos; y nadie puede convertir en reglas o generalizaciones los medios utilizables para formar

³²⁰ Ídem., p. 208.

³²¹ J. FRANK, *Derecho e incertidumbre*, obra citada, p. 27.

³²² Ídem., p. 37.

³²³ Ídem., p. 38.

³²⁴ J.I. SOLAR, *El realismo jurídico de Jerome Frank...*, obra citada, pp. 212 y 213.

correctamente esa creencia o incredulidad”³²⁵. De esta forma, la determinación de los hechos, sin duda, forma parte del proceso para decidir un caso, y de aquí se sigue el punto de partida para la crítica de Frank. En sus palabras: “[a]dviértase una vez más que la descripción o teoría tradicional, convencional, acerca de cómo los tribunales deciden un caso, es ésta: el tribunal aplica una norma jurídica a los hechos del caso tal como ellos han sido determinados por el tribunal. Si [nos] adherimos a esta teoría, resulta que un tribunal, al determinar los hechos de un caso, cumple dos tareas: primero, debe establecer si ocurrieron ciertos acontecimientos en el pasado; segundo, el tribunal debe extraer aquel sector de estos acontecimientos –así establecidos- que es “relevante”, esto es, que posee significación jurídica de conformidad a la norma aplicable. La segunda tarea puede ser llamada la “interpretación de los hechos””³²⁶. La primera tarea corresponde al juez de primera instancia, y en ella es claro que goza de discrecionalidad. Si aquí no hay acuerdo sobre los hechos y el juez tiene que indagarlos, esta actividad está lejos de ser pronosticable. La crítica es no centrar la atención en esta actividad de los tribunales de primera instancia. Y la importancia de ello obedece, además de lo ya dicho, a que como advierte Frank hablando de precedentes, “los hechos reales de los casos – los acontecimientos pasados reales- no tienen nada que ver con el valor de precedentes de las sentencias. Un tribunal superior, pues, para resolver si una sentencia anterior es tan sustancialmente similar a un caso actual como para que sea usada como precedente no compara los hechos reales de los dos casos, sino solamente los hechos tales como fueron “determinados” en esos dos casos”³²⁷. En fin, sin desacuerdo sobre los hechos, es fácil predecir la norma que el juez aplicará y, por ello, la sentencia: “[l]o cual sugiere de inmediato la idea de que las normas jurídicas no pueden por tanto padecer un grado tan alto de indeterminación como el que él mismo [Frank] había denunciado. Creo [señala Solar] que esta y otras afirmaciones semejantes revelan la consciencia o al menos la intuición por parte de Frank de que el grado de incidencia de la indeterminación normativa como factor de inseguridad jurídica puede ser bastante reducido en determinados sectores jurídicos, sectores en los que la principal fuente de incertidumbre estaría constituida por la dificultad de fijar los hechos realmente acontecidos”³²⁸. Hasta aquí la postura de Frank que, a mi forma de ver las cosas, Cueto resume bien cuando afirma que: “Frank amplía enormemente el sendero abierto por Holmes. El derecho es comportamiento judicial. Es lo que los jueces deciden en los casos concretos. Los abogados deben procurar la predicción de ese comportamiento. Pero no se trata

³²⁵ J. FRANK, *Derecho e incertidumbre*, obra citada, p. 47.

³²⁶ Ídem., p. 79.

³²⁷ Ídem., p. 103.

³²⁸ J.I. SOLAR, *El realismo jurídico de Jerome Frank...*, obra citada, p. 219.

de anticipar, en la medida de lo posible, cómo interpretarán las normas ni cómo declararán el derecho aplicable al caso, sino de algo mucho más difícil e incierto. Se trata de predecir su actitud ante la prueba y su mérito, y, en su virtud, cuál será la decisión del juez respecto de los “hechos” del caso”³²⁹. Si esto es así, quizás convengan algunas líneas finales a manera de conclusión de este epígrafe sobre el realismo jurídico americano. A partir de aquellas palabras de Hart, en las que nos alertó sobre que todo realista americano reduce el Derecho a la decisión del juez, y después de mostrar que esta afirmación es sostenida por Holmes y Frank, a pesar de que uno ubica el escepticismo frente a las reglas y el otro frente a los hechos³³⁰, es posible concluir que el realismo americano afirma la tesis de la total indeterminación, según la cual el Derecho es superfluo, pues en última instancia lo que vale es la decisión del juez. Para esta tesis el juez no sólo tiene discrecionalidad, sino que también actúa como legislador. De este modo, podría concluirse este epígrafe sobre el realismo jurídico americano. Sin embargo, creo que estaría incompleto si no se expresaran algunas palabras sobre otro movimiento teórico que tuvo lugar en los Estados Unidos. Me refiero al pragmatismo. Además, creo que está justificado analizar este movimiento después de haber mostrado la obra de Frank puesto que su postura a la que Solar llama “*just-so story*”, que no es más que una explicación “admitidamente” parcial e incompleta de la realidad estuvo influida por el pragmatismo. Efectivamente, en opinión de Solar, la postura de Frank “se hallaba en perfecta consonancia con los desarrollos teóricos que en aquel inicio de siglo se estaban produciendo en los diversos ámbitos del conocimiento filosófico y científico. Desarrollos que habrían de conformar los presupuestos de un nuevo paradigma epistemológico. Probablemente la influencia más directa sobre el pensamiento de Frank en este aspecto fuera la ejercida por la filosofía pragmática, muchos de cuyos planteamientos básicos se hallan en la raíz, no ya sólo del pensamiento de este autor, sino del movimiento realista en general”³³¹. En fin, como se acaba de decir dedicaré las siguientes líneas al pragmatismo. Efectivamente: “[e]xiste una tradición filosófica, básicamente norteamericana, que recibe el nombre de pragmatismo y que tiene como representantes a Peirce, James y Dewey. También, de forma más actual, existen otros autores que se reivindican pragmáticos, donde estarían Quine, Sellars, Davidson,

³²⁹ J. CUETO, “Prólogo”, a J. FRANK, *Derecho e incertidumbre*, obra citada, p. 13.

³³⁰ Digo que el realismo americano reduce el Derecho a la decisión del juez y que esta conclusión es verdadera en la teoría de Frank, a pesar de que este autor sostiene un escepticismo frente a los hechos, porque creo que es posible sostener con J.I. SOLAR, *El realismo jurídico de Jerome Frank...*, obra citada, pp. 86 y 87, que: “[e]l derecho, en definitiva, no está constituido por tanto para Frank por un orden abstracto existente por encima de las vicisitudes jurídicas concretas, sino únicamente por las decisiones judiciales, independientemente de que estén o no en consonancia con ese pretendido sistema de principios y normas. Previamente a la decisión judicial toda afirmación respecto del derecho aplicable al caso no pasa de ser una mera conjetura”.

³³¹ Ídem., pp. 42 y 43.

Putnam y Rorty. Se podría calificar a estas visiones como pragmatismo filosófico y, más en concreto, los segundos serían calificados como neopragmáticos” ³³². O. Pérez de la Fuente reconoce que no es fácil definir el pragmatismo jurídico, pero advierte también que sí es posible afirmar que: “[s]on posiciones que compartirían una visión antifundacionalista, una categoría que incluye creyentes en la razón práctica aristotélica, algunas teorías feministas, adherentes a las teorías literarias como hermenéutica y deconstrucción y a estudiantes de la filosofía del lenguaje [...] El pragmatismo jurídico no se agota, pues, en Posner, pero tiene en él uno de sus mayores defensores” ³³³. De este modo, queda claro que el movimiento teórico conocido como “pragmatismo jurídico” no es unitario, sino que comprende diversas teorías, aunque también conviene señalar que, en todo caso: “[e]l pragmatismo jurídico utiliza una noción de teoría que parte de su particular epistemología y, en especial, del enfoque característico de las relaciones entre teoría y práctica, en que, de forma sintética, prima “aquello que funciona”” ³³⁴. Bajo este lema pragmático: “[l]os jueces deben basarse, en ocasiones, porque es instrumentalmente valioso, en decisiones judiciales anteriores y, en otras ocasiones, la mayoría, en directrices políticas, que se conciben como estándares que implican el incremento de algún bien público. Una determinada reconstrucción de la adjudicación pragmática caracterizaría uno de sus objetivos como el aumento del bienestar de la sociedad” ³³⁵. Hasta aquí he mostrado brevemente en qué consiste el pragmatismo que, como quedó claro, comparte con el realismo americano la reducción del Derecho a la decisión del juez; la diferencia está en que para el realista las razones de dicha decisión son irrelevantes; en cambio, el pragmático decide a partir de directrices políticas con el objetivo de aumentar el bienestar de la sociedad. Lo cierto es que, según se dijo, el americano no es la única forma de “realismo jurídico”; lo es también el denominado “realismo escandinavo”. A ello dedicaré el siguiente epígrafe.

³³² O. PÉREZ, “¿Es necesaria la teoría para decidir casos judiciales? Sobre la crítica del pragmatismo jurídico al derecho como integridad”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 13, 2010, pp. 141-184, en especial p. 146.

³³³ Ídem., p. 147.

³³⁴ Ídem., p. 154.

³³⁵ Ídem., p. 175.

1.2. Realismo jurídico escandinavo

En el epígrafe anterior mostré que el realismo americano sostiene la tesis de la total indeterminación del Derecho. Señalé también que esta tesis afirma que lo que vale como Derecho es la decisión del juez, quien tiene discreción y actúa como legislador. Asimismo, puse a la vista que esta conclusión se sigue de la postura del precursor del movimiento, así como de uno de sus principales representantes; aunque el escepticismo del primero (Holmes) lo es frente a las reglas y, en cambio, el del segundo (Frank) lo es frente a los hechos. Y advertí que el americano según se ha insistido no es la única variedad de este movimiento teórico, pues lo es también el realismo jurídico escandinavo. El objeto del presente epígrafe es mostrar si esta variedad comparte o no con el realismo americano la tesis de la total indeterminación del Derecho. De este modo, quizás lo primero que convenga decir es que, por una parte, el precursor del realismo jurídico escandinavo es A. Hägerström³³⁶ y, por otra, que a partir de su obra es posible distinguir tres etapas de este movimiento teórico. La primera se cuenta desde la obra de su iniciador hasta la Segunda Guerra Mundial. La segunda desde el fin de la guerra hasta 1965. Y la tercera etapa comprende desde esta última fecha hasta 1970. Durante estas etapas el realismo jurídico escandinavo estuvo representado por varios autores. Efectivamente, como nos recuerda Hierro: “[e]l grupo de autores que normalmente se encuadran en la <escuela> del realismo jurídico escandinavo incluye, a pesar de sus diferencias, a Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona y Alf Ross. Junto a ellos hay que incluir, al menos a Per Olof Ekelöf y Tore Strömberg. Muy cerca, desde su actividad filosófica, se encuentran Ingemar Hedenius y Anders Wedberg”³³⁷. De esta forma, parecería que los exponentes más representativos del realismo jurídico escandinavo son los tres autores señalados en primer término por Hierro; pero como el propio Hierro admite, Vilhelm Lundstedt³³⁸ “es poco claro y esta opinión está avalada por su más directo discípulo, Olivecrona. Es, sin duda, el menos influyente de los realistas escandinavos en cuanto a filosofía y teoría general del derecho se refiere”³³⁹. Por ello, opté por dedicar las siguientes líneas a mostrar únicamente la obra de Olivecrona y Ross; además no debe perderse de vista que esta opción está justificada si tomamos en cuenta que la obra de estos dos autores estuvo presente durante las tres etapas antes señaladas. Me referiré en primer término a K.

³³⁶ Al respecto, véase L.L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo...*, obra citada, pp. 70-85.

³³⁷ Ídem., p. 88.

³³⁸ Ídem., pp. 89-91 y 316-322.

³³⁹ Ídem., p. 316.

Olivecrona. En el Prefacio a la edición castellana de *El Derecho como hecho* ³⁴⁰, Olivecrona declara que esta, su principal obra, pertenece al realismo escandinavo. Explica más adelante, que este término se aplica a una serie de autores influidos por A. Hägerström, quien estudió la relación entre el derecho subjetivo y la posibilidad de traducirlo en un hecho empírico; concluyendo que tal correspondencia no existe. Esta línea de investigación la siguieron otros autores como V. Lundstedt, quien también consideró que los derechos y deberes son “quimeras”, que deben ser eliminadas pues nadie ha probado la existencia de tales entidades; reconociendo, sin embargo, que resultaría difícil evitar su uso. Olivecrona comparte estas conclusiones ³⁴¹. Estas ideas provocaron serias discusiones teóricas en los países escandinavos

³⁴⁰ K. OLIVECRONA, *El Derecho como hecho: La estructura del ordenamiento jurídico* (1939), trad. de L. López Guerra, Labor, Barcelona, 1980.

³⁴¹ Para Olivecrona, la expresión “derecho subjetivo” no tiene referente semántico: “[o]bviamente, el término “derecho subjetivo” no se utiliza para designar objeto alguno. Si la palabra tiene referencia semántica, puede referirse únicamente a algún tipo de relación entre personas, o entre personas y cosas. Pero es evidente que las relaciones llamadas “derechos” no son tales relaciones. La situación de hecho, del mundo real, no se corresponde con un sistema de derechos. Si la palabra “derecho” significa “relación”, debe tratarse de una relación de tipo suprasensible. Pero ¿cómo podría definirse tal relación? Sólo en forma negativa, como una relación que no pertenece al mundo sensible, al mundo empírico en que vivimos. Es una relación, pero no una relación fáctica” (Ídem., p. 173). Si esto es así, Olivecrona propone estudiar el derecho subjetivo en la práctica, y así distingue entre una función directiva y una función informativa. De este modo, si bien es cierto que los derechos no tienen un referente semántico, no lo es menos que en su función directiva: “[l]as palabras vinculadas a ciertas ideas derivadas se pueden emplear como signos, como si fueran objetos materiales. Ciertamente, el lenguaje constituye una útil herramienta para elaborar las indicaciones necesarias para guiar la conducta humana en una sociedad compleja” (p. 185); y en la segunda función, “obtenemos informaciones útiles gracias a afirmaciones referentes al [por ejemplo] derecho de propiedad de una persona sobre una cosa [...] [pero] Estrictamente hablando, en todo caso, el término *información* no es exacto. Lo que hemos llamado provisionalmente *información* consiste en ciertas suposiciones basadas en las afirmaciones respecto a los derechos de una persona cuando se estima que esas afirmaciones son correctas” (p. 188); y son correctas, no a la manera de las propiedades físicas, sino que siempre habrá que tomar en consideración al Derecho. De estas dos funciones, las normas jurídicas no informan, sino que tienen una función directiva. Olivecrona traslada este análisis al papel que tienen las “ideas sobre derechos” en la administración de justicia. De este modo, afirma que tradicionalmente se ha sostenido la teoría de que una sentencia, en relación con un derecho subjetivo, se limita a declarar o no su existencia. Pero de hecho, es necesario distinguir entre sentencias declarativas, ejecutivas y constitutivas. Lo cierto es que, por otra parte, la teoría de la declaración se enfrenta con la dificultad de la cosa juzgada. Según esta teoría, los tribunales no crean Derecho, excepto en el caso de una sentencia constitutiva. Los derechos preexisten a la sentencia, pero es difícil explicar cómo funciona esta práctica frente al carácter final de la sentencia, pues qué sucede si el juez se equivoca. En todo caso, Olivecrona concluye que “la relación jurídica entre las partes aparece determinada por la sentencia. Mantener que sus derechos y deberes respectivos son los mismos que los existentes antes de la decisión del tribunal, no tiene sentido. Y de esta forma, la sentencia errónea parece tener efectos constitutivos” (p. 194). Pero la tesis de Olivecrona va más allá, pues sostiene que una sentencia no puede declarar un derecho preexistente. Y en consecuencia, el “verdadero papel del tribunal es el de constituirse en legislador de casos particulares” (p. 201). En suma: “[n]o pueden determinar “la existencia de un derecho”, pero pueden formar ideas de derechos sobre el modelo de las ideas generales expresadas en las normas del Derecho. Y esto es lo que hacen. Sus pronunciamientos sobre derechos sirven para distinguir la conducta de las partes, de la misma forma que lo hacen los mandatos del legislador” (p. 202). Lo cierto es que, por otra parte, Olivecrona se pronuncia más adelante sobre la relación entre la inexistencia de los derechos y el uso que de estos conceptos hacemos a través del lenguaje, cuando afirma que: “[f]rases como “esto es mío” o “eso pertenece a A” no pueden tener efecto a menos que se las considere correctas [...] Pero no es posible precisar empíricamente la corrección de esos enunciados. No es un hecho empírico el que yo posea cierta casa, que A posea un coche, que M y W estén casados, que C sea juez o que D sea el presidente de un país. Todos esos enunciados se basan en la presunción de que existe un sistema de normas que regula, entre otras cosas, la forma de adquirir el derecho de propiedad, de llevar a cabo un matrimonio, de nombrar jueces y elegir un presidente. Sólo según tales normas pueden evaluarse

entre 1920-30, centrando el discurso en cómo usar conceptos tales como el de derecho subjetivo de una forma realista y no metafísica. Sin embargo, el propósito de *El Derecho como hecho* es más amplio, pues no se limita a esta discusión sino que busca exponer la naturaleza del Derecho. El hombre de la calle no pretende conocer los detalles del Derecho. Pero tiene ciertas nociones jurídicas y usa términos de esta naturaleza en su vida cotidiana. Quizás no sepa cuál es el proceso para crear una ley: “[p]ero cuando los periódicos anuncian que se ha creado alguna nueva “ley” que afecta a sus ocupaciones, da por sentado que esto se ha hecho en la forma correcta. Se preocupa por familiarizarse con la nueva ley, pues sabe que todos han de obedecerla, ya que no acatar la ley puede acarrear consecuencias desagradables”³⁴². El punto de partida de la investigación no es otro que el lenguaje común y el contenido de la opinión. Se trata de una base fáctica. Este punto de partida puede tomar varias direcciones. Se puede estudiar la ideología jurídica o bien, los hechos objetivos. Pero quizás la mejor dirección sea estudiar la teoría jurídica, y esta tradicionalmente ha sido o bien teoría del derecho natural o bien, positivismo jurídico; teorías que, dicho sea de paso, trata ampliamente, pero sólo para “una posterior exposición del Derecho como un fenómeno social fáctico”³⁴³. Quizás lo primero que convenga decir es que Olivecrona rechaza la dicotomía iusnaturalismo/positivismo jurídico, porque afirma que “ambas representan concepciones basadas en el voluntarismo. El objeto será elaborar una concepción de la naturaleza del Derecho realista y no voluntarista”³⁴⁴. De este modo, la distinción que propone es entre teorías voluntaristas y no-voluntaristas. Si bien es cierto que como se acaba de decir Olivecrona rechaza las teorías voluntaristas, no lo es menos que, por otra parte, afirma que: “[e]l realismo americano presentaba una tendencia no-voluntarista. La definición clásica de Derecho, de Oliver Wendell Holmes, como profecías sobre lo que los Tribunales realmente harán, sirvió como bandera del movimiento. Aunque la definición era claramente inadecuada (como se reconoce universalmente en la actualidad) la liberación del doctrinarismo voluntarista tuvo un profundo efecto, al hacer posible un conjunto de investigaciones sobre los hechos del Derecho”³⁴⁵. En fin, lo que Olivecrona quiere decir es que debemos rechazar las teorías voluntaristas del Derecho (iusnaturalismo/positivismo jurídico), y la teoría no-voluntarista (realismo americano), admitiendo una teoría realista. Teoría realista que parte de

aquellas informaciones como correctas o erróneas. Sin referencia a las normas, la pregunta sobre la corrección de un enunciado no tendría sentido [...] El contenido de esa “corrección” no es que exista realmente un derecho, deber o cualidad jurídica. Corrección significa conformidad con un conjunto previo de reglas sobre derechos, deberes o cualidades jurídicas. Es cuestión de usar el lenguaje jurídico en cierta forma” (p. 246).

³⁴² Ídem., p. 11.

³⁴³ Ídem., p. 32.

³⁴⁴ Ídem., pp. 85 y 86.

³⁴⁵ Ídem., p. 83.

un análisis de lo que Olivecrona denomina “derecho jurisprudencial”. “Por naturaleza, los tribunales tienden a ser constantes en sus decisiones. Cuando ya se ha juzgado un caso similar al actual, los tribunales tienden a tomar la misma determinación que en el pasado, a menos que haya fuertes razones en contra. De esta forma, dentro de la judicatura, se forman continuamente nuevas normas. Ciertas reglas consuetudinarias obtienen el apoyo del poder estatal; y se establecen, en lo que se refiere a los tribunales, reglas de interpretación del Derecho promulgado. En numerosos detalles, las decisiones de los tribunales añaden algún suplemento a la ley, suplemento seguido en el futuro tan escrupulosamente como la misma letra de la ley. En aquellas áreas no reguladas por la ley, los tribunales llegan a una decisión basándose en ideas de Derecho natural, supuestas costumbres, comodidad, conveniencias del momento u otras razones; y en el futuro, al tenderse a imitar las decisiones ya adoptadas, el núcleo formado por los precedentes crece continuamente” ³⁴⁶. Sin embargo, el respeto del precedente entra en conflicto con la tesis de que los tribunales no crean Derecho. Pero esta tesis no se adecúa a la realidad. La tesis de que los tribunales no crean Derecho supone que este es completo, y que por ello a partir de él pueden deducirse decisiones para todo caso. Esto es una ilusión. Es una ilusión porque los tribunales deben adoptar decisiones aún y cuando no haya Derecho preexistente o bien, aunque habiéndolo este se preste a múltiples interpretaciones. En estos supuestos, los tribunales adoptan decisiones, y como lo más probable es que estas se sigan en el futuro, la conclusión es que los tribunales crean el Derecho. Creo que a pesar de su rechazo por el realismo americano por considerarlo una teoría no-voluntarista, Olivecrona sigue la tesis de este movimiento. Esto es así, pues además de lo expuesto en aquella larga nota en relación con su postura sobre la inexistencia de los derechos y deberes siguiendo así el escepticismo frente a las reglas, qué duda cabe de que su teoría admite la tesis de la total indeterminación que, según se dijo, afirma que el Derecho es superfluo, pues en última instancia lo que vale es la decisión del juez. Recuérdese además que para esta tesis el juez no sólo tiene discrecionalidad, sino que también actúa como legislador. Ideas que sin duda comparte Olivecrona. Quién como se mencionó es sólo uno de los exponentes del realismo escandinavo. Por ello, en las siguientes líneas mostraré la teoría del principal representante de esta variedad del realismo jurídico. Se trata, según se avanzó, de A. Ross. Como es sabido, su obra principal es *Sobre el Derecho y la Justicia* ³⁴⁷. En el Prefacio a su edición castellana, Ross afirma que dicha obra contiene el fundamento de un análisis realista del Derecho. Se trata de un análisis propio del realismo jurídico americano y

³⁴⁶ Ídem., p. 106.

³⁴⁷ A. ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia* (1953), trad. de G.R. Carrió, Eudeba, 5ª ed., Buenos Aires, 1994.

escandinavo. Así en el Prefacio a la edición inglesa es posible leer que: “[a] partir de la obra de John Austin y Oliver Wendell Holmes el pensamiento jurídico anglo-norteamericano ha estado dirigido a una interpretación realista del derecho, esto es, una interpretación acorde con los principios de la filosofía empirista. La teoría jurídica escandinava, desde los días de Anders Sandöe Örsted (1778-1860) y Axel Hägerström (1868-1939), ha estado dominada por un empirismo similiar”³⁴⁸. En fin, lo que Ross quiere decir no es más que *Sobre el Derecho y la Justicia* se enmarca en la línea de pensamiento del realismo jurídico en sus variedades americana y escandinava. Pero en relación con la primera y lo sostenido en su obra, advierte que: “[e]n la teoría jurídica norteamericana la palabra “realismo” es usada primordialmente en un sentido distinto del que he indicado aquí, a saber, para designar una actitud escéptica frente a los conceptos y las reglas jurídicas y al papel que éstos desempeñan en la administración de justicia [...] Al mismo tiempo, sin embargo, la escuela norteamericana es también “realista” en el sentido en que hemos usado la palabra, en la medida en que ve en el derecho un fenómeno social determinado por la aplicación hecha por los tribunales”³⁴⁹. Por ello, no es extraño que: “[l]a idea principal de este libro es desarrollar los principios empiristas, en el campo del derecho, hasta sus conclusiones últimas”³⁵⁰. Ross inicia su análisis preguntándose por la naturaleza del Derecho. Para responder a esta cuestión distingue los conceptos de una expresión lingüística y su significado, por una parte; y por otra, afirma que estas expresiones pueden ser aserciones, exclamaciones o directivas, y concluye que las oraciones que conforman las normas jurídicas no son otra cosa más que directivas, esto es, son dictadas para guiar el comportamiento de los hombres. Las reglas así entendidas no informan sobre hechos sino que prescriben conductas, y por ello no pueden ser verdaderas o falsas. Después de explicar cómo funcionan las reglas del ajedrez, y aplicando estas observaciones al Derecho, afirma que el “derecho vigente” significa el conjunto abstracto de ideas normativas que sirven como un esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas, y que lo son porque ellas son vividas (*experienced and felt*) como socialmente obligatorias”³⁵¹. Son vividas además, señala en una nota al pie, por el juez y otras autoridades jurídicas cuando aplican el Derecho. A partir de aquí, Ross distingue entre el Derecho en acción y las normas jurídicas. Afirma que al primero se refiere la Sociología Jurídica (que incluye también estudios psicológicos e históricos); en tanto que a las segundas se refiere la Ciencia del Derecho. Esta última no es

³⁴⁸ Ídem., p. XIII.

³⁴⁹ Ídem., p. 67.

³⁵⁰ Ídem., p. XIII.

³⁵¹ Ídem., p. 18.

independiente de la Sociología Jurídica porque, en última instancia, para Ross “alude a la efectividad de las normas en tanto que constituyen un hecho social” ³⁵²; además porque aquella ciencia debe hacerse cargo de la función social del Derecho “desde el punto de vista del interés en predecir las decisiones jurídicas” ³⁵³. No es necesario, por otra parte, presupuesto metafísico alguno para definir a la Ciencia del Derecho. Su función es “exponer un determinado sistema nacional individual de normas” ³⁵⁴; que además, por ser descriptiva nada tiene que ver con la aprobación o reprobación moral. Si esto es así, conviene insistir en que para Ross “un sistema de normas es “vigente” si puede servir como esquema de interpretación para un conjunto correspondiente de acciones sociales, de manera tal que se nos hace posible comprender este conjunto de acciones como un todo coherente de significado y motivación y, dentro de ciertos límites, predecirlas. Esta aptitud del sistema se funda en el hecho de que las normas son efectivamente obedecidas, porque se las vive como socialmente obligatorias” ³⁵⁵. Esos hechos sociales que constituyen la contrapartida de las normas no son más que las acciones humanas que regulan. Pero, Ross precisa que “los fenómenos jurídicos que constituyen la contrapartida de las normas no pueden ser otros que las decisiones de los tribunales. Es aquí donde tenemos que buscar la efectividad en que consiste la vigencia del derecho” ³⁵⁶. De este modo, el papel central del juez queda claro e incluso es posible reformular la noción de Derecho y afirmar que “un orden jurídico nacional, considerado como un sistema vigente de normas, puede ser definido como el conjunto de normas que efectivamente operan en el espíritu del juez, porque éste las vive como socialmente obligatorias y por eso las obedece. El “test” de la vigencia es que sobre la base de esta hipótesis, esto es, aceptando el sistema de normas como un esquema de interpretación, podemos comprender las acciones del juez (las decisiones de los tribunales) como respuestas con sentido a condiciones dadas y, dentro de ciertos límites, seamos capaces de predecir esas decisiones” ³⁵⁷; pues en última instancia, afirma Ross, “el derecho suministra normas para el comportamiento de los tribunales, no de los particulares” ³⁵⁸. La vigencia del Derecho no descansa, en fin, en otra cosa que no sea lo que el propio Ross llama la “vida espiritual del juez” ³⁵⁹. Volviendo a la Ciencia del Derecho, Ross afirma que es una ciencia social empírica. Las proposiciones de esta ciencia no deben referirse a una validez que no puede demostrarse,

³⁵² Ídem., p. 20.

³⁵³ Ibidem.

³⁵⁴ Ídem., p. 31.

³⁵⁵ Ídem., p. 34.

³⁵⁶ Ibidem.

³⁵⁷ Ibidem.

³⁵⁸ Ídem., p. 35.

³⁵⁹ Ídem., p. 36.

o lo que es lo mismo, a una fuerza obligatoria, sino que se refieren a hechos sociales y estos hechos están sujetos a un principio de verificación que concluirá que “el contenido real de las proposiciones de la ciencia del derecho se refiere a las acciones de los tribunales bajo ciertas condiciones” ³⁶⁰. Dicho en pocas palabras, es Derecho lo que digan los tribunales. O, como afirma Ross, “una regla es derecho vigente cuando es aplicada en la práctica de los tribunales” ³⁶¹. Y así no debe perderse de vista que en relación con la validez: “[c]omo todas las otras ciencias sociales, la ciencia del derecho tiene que ser, en último análisis, un estudio de fenómenos sociales, la vida de una comunidad humana; y la tarea de la filosofía jurídica debe consistir en la interpretación de la “vigencia” del derecho en términos de efectividad social, esto es, de una cierta correspondencia entre un contenido normativo ideal y los fenómenos sociales” ³⁶². La Ciencia del Derecho contiene además proposiciones que se refieren a la interpretación del Derecho: “[t]ales enunciados interpretativos, podemos decir en forma provisional, están dirigidos a determinar el significado de la directiva, indicando más específicamente bajo qué circunstancias ha de ser aplicada, y en tal caso cómo ha de conducirse el juez” ³⁶³. Pero estos enunciados no son más que predicciones sobre cómo será aplicada la norma por los tribunales y, en todo caso, forman parte de lo que Ross llama “política jurídica”. Esta política jurídica es Sociología Jurídica aplicada o bien, técnica jurídica: “[l]a política jurídica, en esta medida, es un arte, una habilidad práctica, el valor de cuyo resultado se mide por el hecho de que sea aceptado por los demás, particularmente por quienes tienen el poder, como la decisión que mejor armoniza todas las actitudes dominantes y las creencias operativas” ³⁶⁴. Hablando de esta política jurídica, Ross trata el tema de la relación entre el papel del juez y el papel del legislador, afirmando que si bien es cierto que la práctica de los tribunales crea Derecho, no lo es menos que en realidad: “[l]a expresión “política jurídica” designa la actividad jurídica creadora del legislador o del juez y el examen racional de ella” ³⁶⁵, que no predica un deber ser, sino que como se acaba de decir únicamente se trata de Sociología Jurídica aplicada. Ross nos advierte además de que: “[l]a decisión judicial, sin embargo, es menos libre que la decisión legislativa. La autoridad que administra el derecho, en particular el juez, se siente obligada por las palabras de la ley y las otras fuentes del derecho. Sin embargo, éstas siempre dejan cabida a la interpretación, y la norma jurídica concreta en la que se traduce la decisión, es siempre creación, en el sentido de que no es una

³⁶⁰ Ídem., p. 39.

³⁶¹ Ídem., p. 40.

³⁶² Ídem., pp. 66 y 67.

³⁶³ Ídem., p. 105.

³⁶⁴ Ídem., p. 320.

³⁶⁵ Ídem., p. 24.

mera derivación lógica de reglas dadas”³⁶⁶. De este modo, conviene advertir que el método jurídico no es otra cosa sino el análisis de la manera en que se comportan los tribunales en la aplicación del Derecho a casos concretos. Para aplicar el Derecho los tribunales tienen que interpretarlo. La interpretación es la actividad que se dirige a exponer el significado de una expresión. El término interpretación no sólo se aplica para designar esta actividad, sino también su resultado: “[a] menudo nos encontramos con la opinión de que la interpretación de la ley puede o tiene que tomar como punto de partida el significado ordinario de las palabras tal como resulta de su uso. Este parecer es ilusorio. No existe tal significado. Sólo el contexto y el deseo de hallar un significado “bueno” o “razonado” en relación con una situación dada, determinan el significado de las palabras individuales”³⁶⁷. Dicho de otra forma: “[l]a interpretación (en sentido propio, es decir, como actividad cognoscitiva que sólo busca determinar el significado en tanto que hecho empírico) tiene que fracasar. Pero el juez no puede dejar de cumplir su tarea. Tiene que decidirse y esta elección ha de originarse, cualquiera que sea su contenido, en una valoración. Su interpretación de la ley (en un sentido más amplio) es, en esta medida, un acto de naturaleza constructiva, no un acto de puro conocimiento”³⁶⁸. Hasta aquí no he hecho otra cosa más que mostrar la teoría de Ross, pero creo que con lo dicho es suficiente para concluir que así como el realismo americano y el escandinavo en el que se inscribe su postura, es posible señalar que admite la tesis de la total indeterminación que, conviene insistir, afirma que el Derecho es superfluo, pues en última instancia lo que vale es la decisión del juez. No debe perderse de vista además que para esta tesis el juez no sólo tiene discrecionalidad, sino que también actúa como legislador. El presente epígrafe estaría incompleto si no se dedicaran algunas líneas a mostrar la reacción que suscitó, en general, el realismo jurídico escandinavo y, en particular, las obras aquí tratadas de Olivecrona y Ross sobre su postura al respecto del problema de la validez jurídica. De este modo, quizás lo primero que convenga tener presente es que el realismo surge como una “revuelta contra el formalismo”, por ejemplo, en el tema de la validez. Por ello, es posible afirmar con Hierro “que lo importante de la crítica realista fue mostrar la inconsistencia de la categoría <validez> en su formulación kelseniana, de tan general aceptación en la teoría jurídica del siglo pasado, remitiéndola a sus presupuestos idealistas y forzar con ello la discusión propiamente analítica del concepto”³⁶⁹. En cambio, para el realismo, según Hierro, validez no es eficacia, sino que: “[p]ara Ross y para Olivecrona la validez es una categoría

³⁶⁶ Ídem., p. 321.

³⁶⁷ Ídem., p. 113.

³⁶⁸ Ídem., p. 133.

³⁶⁹ L.L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo...*, obra citada, p. 227.

superflua o inútil para los propósitos científicos”³⁷⁰. De acuerdo con Hierro: “[l]a conclusión es que Ross, como Olivecrona, entiende que la validez no es categoría que pueda desempeñar una función en la descripción científica del derecho, pues se trata de una idea metafísica (ideología, al fin) sobre el derecho, idea que corresponde a ciertos sentimientos generalmente compartidos por la gente. La ciencia, pues, no se ocupa del derecho en cuanto derecho válido [...] la ciencia jurídica se ocupa del derecho en cuanto derecho vigente”³⁷¹. Sin embargo, a mi forma de ver las cosas, no es posible admitir la crítica realista al concepto positivista de validez ni su concepción del objeto de la Teoría del Derecho. Esta es la conclusión a la que llega Hart en un artículo³⁷² que escribió dos años antes de la publicación de su obra principal y que además de su postura en relación con la crítica realista, contiene el preámbulo de su teoría del Derecho que, obvio decir, es el objeto de la presente investigación. Por ello, está justificado dedicar las siguientes líneas a aquel escrito. En *Scandinavian Realism*, Hart afirma que las teorías del Derecho inglesa y escandinava han compartido durante largo tiempo muchos puntos de vista. Entre ellos está la creencia de que el Derecho es algo hecho por el hombre, y hecho para el hombre; la hostilidad o indiferencia por las doctrinas del derecho natural, por lo menos en su forma escolástica; y una general no-creencia en la capacidad de los sistemas filosóficos de arrojar luz sobre lo que es el Derecho o qué debe ser. A pesar de estas similitudes, la principal tradición escandinava sobre Teoría del Derecho tiene un “tono” diferente respecto de su contraparte inglesa. Se trata de su escepticismo y su método empírico, que es muy parecido a una especie de Filosofía. La obra del fundador de esta tradición, A. Hägerström, es un esfuerzo por mostrar que nociones comúnmente aceptadas como partes esenciales de la estructura del Derecho como derechos, deberes, transmisión de derechos y validez, están en parte compuestos por creencias supersticiosas, “mitos”, “ficciones”, “magia”. Esta tradición, continuada en la obra de sus discípulos como Lundstedt, Olivecrona y Ross hizo contacto con el escepticismo frente a las reglas americano y la Filosofía del lenguaje contemporánea. El producto más sofisticado es el libro de Ross *On Law and Justice*³⁷³. Este es de muchas formas un libro interesante, y en ciertos puntos brillante, pero esto no quiere decir que esté libre del dogmatismo del realismo jurídico escandinavo. Para Hart, Ross

³⁷⁰ Ídem., p. 245.

³⁷¹ Ídem., p. 252.

³⁷² H.L.A. HART, “Scandinavian Realism” (1959), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, obra citada, pp. 161-169.

³⁷³ Hart cita la obra de Ross por su edición inglesa de 1958. Al respecto, véase L.L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo...*, obra citada, pp. 252 y 253: “[e]s ya conocido el problema lingüístico surgido en torno a la versión inglesa de <On Law and Justice> donde se utiliza el término <validity> para designar la efectiva existencia del derecho, con lo que se da pie a la interpretación habitual de que la <validez> queda reducida a la eficacia”.

es el máximo exponente de este movimiento teórico, por encima de Hägerström, Lundstedt y Olivecrona, pues afirma que Ross, a diferencia de estos autores, escribe de forma clara, interesante y en ocasiones con un estilo “atrevido”. En fin, la inspiración general del libro es una feroz indignación en contra de las confusiones metafísicas y los conceptos pseudo-racionales que afectan al Derecho y en las teorías concernientes a las reglas morales o de justicia usadas para criticar o evaluar el Derecho. Así, Ross es hostil a la tradición del iusnaturalismo y del formalismo, y este último no es más que el positivismo que identifica con Kelsen. En contra de aquellos, para Ross la principal guía del Derecho, e incluso la forma de criticarlo, debe ser su interpretación en términos de hechos sociales. Los métodos de la “ciencia empírica moderna” deben ser usados y el pensamiento legal debe ser explicado en términos de la misma lógica en que otras ciencias empíricas están basadas. Por mucho, continúa Hart, la parte más interesante del libro es el tratamiento del concepto de validez jurídica en los primeros capítulos. E igualmente interesante es cómo aquel tratamiento deja clara la “peculiar insistencia dogmática de la escuela escandinava en que si un enunciado no puede ser analizado como un enunciado de hecho o expresión de un sentimiento, debe ser metafísico” ³⁷⁴. Para el punto de vista de Ross, el análisis de esta y muchas otras nociones jurídicas debe tomar una de dos formas: debe referirse a un futuro comportamiento y sentimiento de la gente (sobre todo jueces) o debe referirse a alguna misteriosa e invisible cualidad que algunas reglas tienen y otras no. Así, nuestra elección será entre tomar “X es una regla válida del Derecho inglés” como una predicción del comportamiento judicial o bien, como un enunciado metafísico. Por ello, Ross rechaza la insistencia de Kelsen en que el pensamiento legal debe ser interpretado en términos no de hechos o proposiciones de *ser* sino en proposiciones de *deber ser*; esto, para Ross, debe ser rechazado porque es una construcción metafísica que lleva al Derecho por encima del mundo de los hechos. Ross inicia su análisis sobre la validez jurídica con la consideración del simple caso de las reglas del ajedrez que, piensa Ross, se aplica a las reglas del Derecho ³⁷⁵. Además de la referencia a los sentimientos y el tratamiento de las reglas jurídicas como una “argucia de interpretación” como base de una predicción, el análisis de Ross no es muy diferente de las teorías del realismo americano, que

³⁷⁴ H.L.A. HART, “Scandinavian Realism” (1959), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, obra citada, p. 164: “[b]ut for Ross legal validity is a dangerously septic notion; unless we handle it carefully, wearing the protective rubber gloves of an “empirical methodology” determined to admit into our stock of notions only hard empirically verifiable facts, we shall catch the infection of “metaphysics””.

³⁷⁵ “Legal rules are essentially directives to courts to apply sanctions under certain conditions. (This Kelsenian dogma is adopted without much argument). To say that a legal rule is valid is to say (1) that courts will under specifiable conditions apply it or at least regard it as especially important in reaching their decisions and (2) they will do so because they have an emotional experience of “being bound” by the rules. A valid law is a verifiable hypothesis about future judicial behavior and its special motivating feeling” (Ídem., p. 165).

tratan a los enunciados de derechos legales o deberes como predicciones de la actuación oficial. Como estas teorías, el análisis predictivo de Ross sobre la validez jurídica está abierto a dos objeciones que él nunca enfrentó. Primera, a pesar de que si en la boca de un ciudadano ordinario o un abogado el enunciado “esta es una regla válida del Derecho inglés” es una predicción sobre qué hará el juez, o dirá, o sentirá; este enunciado no puede tener el mismo significado en la boca de un juez, quien no está comprometido en predecir su propio comportamiento o sentimientos, o los de otros jueces ³⁷⁶. Segunda, a pesar de que si enunciados no-judiciales de la forma “X es una regla válida” son siempre predicciones de futuros comportamientos o sentimientos judiciales, la base para estas predicciones es el conocimiento de que los jueces usan y entienden el enunciado “esta es una regla válida” en un sentido no predictivo. Ross está en lo cierto cuando piensa que nosotros debemos distinguir entre un aspecto *interno* y un aspecto *externo* del fenómeno que representa la existencia de reglas sociales. Esto es cierto y muy importante para el entendimiento de cualquier clase de regla. Pero desafortunadamente Ross dibujó la línea entre estos dos aspectos en los lugares equivocados y presentó mal el aspecto interno de las reglas como una cuestión de “emoción” o “sentimiento” –como una especial “experiencia” psicológica-. Sólo haciendo esto, Ross es capaz de crear la impresión de que términos como las proposiciones de *deber ser* de Kelsen, deben ser rechazadas del análisis del pensamiento legal. De hecho, la elucidación del aspecto interno de cualquier discurso normativo requiere de aquellas proposiciones, y si nosotros las estudiamos cuidadosamente, podremos ver que no hay algo “metafísico” acerca de ellas, aunque su “lógica” o estructura es diferente de enunciados de hecho o expresiones de sentimientos. La distinción requerida entre aspecto interno y aspecto externo no es una que divida el comportamiento psíquico de los sentimientos, aunque por supuesto se puede dibujar; es, en cambio, aquella distinción que divide dos tipos de enunciados radicalmente diferentes que siempre es oportuno asumir cuando la conducta de un grupo social está guiada por reglas. Por consiguiente, un observador externo del grupo, quien no acepta o respalda las reglas, puede reportar los comportamientos del grupo en ciertas formas uniformes, y que regularmente los oficiales reaccionan frente a la desviación del grupo. Él puede predecir los dos: el futuro comportamiento del grupo y la futura reacción de los oficiales. Estos enunciados son enunciados externos de hecho *acerca* del grupo y de la eficacia de sus reglas. Pero si el grupo realmente tiene reglas y no un mero repertorio de hábitos convergentes, los

³⁷⁶ “*“This is a valid rule of law” said by a judge is an act of recognition; in saying it he recognizes the rule in question as one satisfying certain accepted general criteria for admission as a rule of the system and so as a legal standard of behavior*” (Ibídem).

miembros del grupo las exponen usando expresiones de un tipo diferente. Estas expresiones no establecen el hecho de que ellos siguen o seguirán patrones regulares de comportamiento; pero los miembros del grupo usarán estas expresiones para criticar su propia conducta y la conducta de otros a través de la referencia a patrones regulares de comportamiento que ellos *aceptan* como estándar ³⁷⁷. Ross trata los enunciados de validez jurídica (*i. e.* “esta es una regla válida del Derecho danés”) como un enunciado externo de hecho que predice el comportamiento y sentimiento judiciales. Ross pierde de vista que el uso normal de “validez jurídica” es un enunciado normativo interno de un tipo especial, y, de esta forma, el error de Ross es poner el enunciado externo en la boca de un juez. En fin, el enunciado interno “esta es una regla válida” es diferente del enunciado predictivo externo “en Inglaterra ellos seguirán esta regla”, y son apropiados cuando los sistemas de reglas contienen, como los sistemas jurídicos lo hacen, no sólo reglas primarias formando estándares legales de comportamiento, sino también reglas para reconocer (o un criterio general de identidad) las reglas primarias del sistema por ciertas marcas. Así, cuando un juez reconoce una provisión estatutaria como “válida”, él identifica esta regla primaria usando para este propósito una no-establecida *regla de reconocimiento* o criterio de identificación que probablemente pueda ser formulada como: “aquello que la Reina en Parlamento promulga es un estándar jurídico de comportamiento”. De este modo, queda clara la imposibilidad de aceptar la crítica realista, por lo menos en sus versiones americana y escandinava, al concepto positivista de validez jurídica ni como veremos más adelante es posible admitir su concepción de la Teoría del Derecho; pero conviene tener presente, por una parte, que en última instancia lo que interesa destacar aquí es que el realismo escandinavo, al igual que el americano, sostiene la tesis de la total indeterminación del Derecho; y por otra, en que, como se ha insistido, el movimiento teórico conocido como “realismo jurídico” no se agota en las variedades americana y escandinava. Esto es así, si admitimos con H.G. Bouvier que: “[e]l realismo jurídico contemporáneo tiene múltiples variantes. Se habla de realismo norteamericano, escandinavo e italiano” ³⁷⁸. De este

³⁷⁷ “When a pattern of behavior is thus taken as a standard the criticism of conduct in terms of it and the claims and justifications based on it are expressed by the distinctive normative vocabulary of “ought”, “must”, “should”, “may”, “right”, “wrong”, and special variants like “duty” and “obligation”. The forms “I (you, he, they) ought to do that” and “I (you, etc.) ought not to have done that” are the most general ones used to discharge these critical normative functions which indeed constitute their meaning. They are not external statements of fact predicting likely behavior in accordance with the standards; they are internal statements in the sense that they manifest acceptance of the standards and use and appeal to them in various ways” (Ídem., pp. 166 y 167).

³⁷⁸ H.G. BOUVIER, “Lenguaje y Teoría del Derecho: Tensiones en una variante del realismo jurídico”, *Isonomía*, núm. 35, 2011, pp. 25-51, en especial p. 25.

modo, dedicaré las siguientes líneas a esta tercera variedad que no es otra más que el realismo jurídico genovés.

1.3. Realismo jurídico genovés

En el epígrafe anterior, como se acaba de decir, mostré que el realismo jurídico escandinavo sostiene la tesis de la total indeterminación del Derecho. Señalé también que, según se ha reiterado, aquella no es la única variedad de este movimiento teórico. Además, no debe perderse de vista que este apartado está dedicado a las teorías que, identificadas con este movimiento, comparten aquella tesis que propone una explicación para el problema de la interpretación. De este modo, el objeto de este tercer y último epígrafe es mostrar si el realismo jurídico genovés sostiene también la tesis de la total indeterminación del Derecho. Pero quizás lo primero que convenga decir con J. Ferrer y G.B. Ratti, editores de *El realismo jurídico genovés* ³⁷⁹, es que en los últimos veinte años se ha producido un intercambio filosófico entre autores italianos e iberoamericanos, destacadamente en la Universidad de Génova, al grado que hoy en día es posible hablar de una escuela de pensamiento iniciada por G. Tarello, que fue seguida por S. Castignone y R. Guastini, a los que después se unieron M. Barberis, P. Comanducci y P. Chiassoni: “[e]n el ámbito de la teoría del derecho, ese grupo, conocido por muchos como *Escuela genovesa*, se ha caracterizado por la defensa de tesis propias del realismo jurídico: a) el escepticismo interpretativo; b) el carácter sistemático del derecho como variable dependiente de la labor de la doctrina; c) el no-cognoscitivismo ético y, como corolario de éste, la separación metodológica entre derecho y moral” ³⁸⁰. En fin, esta Escuela es continuadora del realismo jurídico americano y escandinavo, pero asumiendo tesis propias. M. Barberis está de acuerdo, pues afirma que: “[s]e deberá convenir que las teorías genovesas de la interpretación y de la ciencia jurídica, y más en general la concepción misma de la teoría del derecho, representan igualmente perfeccionamiento de posturas ya sostenidas, en la primera mitad del siglo XX por los iusrealistas escandinavos y estadounidenses” ³⁸¹;

³⁷⁹ VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, edición de J. Ferrer Beltrán y G.B. Ratti, Marcial Pons, Madrid, 2011.

³⁸⁰ J. FERRER y G.B. RATTI, “Introducción”, a VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, obra citada, pp. 11-14, en especial pp. 12 y 13.

³⁸¹ M. BARBERIS, “Un poco de realismo sobre el realismo <genovés>”, trad. de E. Cuautle Rodríguez, en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, obra citada, pp. 201-215, en especial p. 201.

aunque desaconseja emplear el término “realismo” para caracterizar a esta Escuela ³⁸². Para la Escuela genovesa es crucial el tema de la interpretación. Si bien es cierto que los autores italianos admiten las tesis positivistas de la separación conceptual entre Derecho y moral, y hablando de Kelsen, un subjetivismo metaético, no lo es menos que se distinguen del positivismo jurídico en tanto que “todos los iusrealistas, de hecho, sostienen variantes del escepticismo interpretativo” ³⁸³.

L.L. Hierro está de acuerdo: “[e]n realidad, la tesis más característica del realismo jurídico genovés parece ser la tesis del escepticismo interpretativo que, bien entendida, se convierte en una tesis fuerte –como se dice ahora– sobre la ciencia del derecho y en una tesis más fuerte, sobre el derecho mismo” ³⁸⁴; pero en polémica con Barberis, sostiene que es necesario entender este escepticismo frente a las reglas en relación con un no-cognoscitivismo ético: “[e]l escepticismo interpretativo es, en efecto, una tesis compartida con mayor o menor énfasis por los tres jefes de filas de la Escuela genovesa: creo también [afirma Hierro] que ese escepticismo se apoya en dos tesis distintas que la Escuela genovesa reúne para su teoría de la interpretación. La primera es, sin que nadie lo ponga en duda, la distinción entre enunciado y significado; la segunda es –me parece a mí– el no cognoscitivismo <normativo>. Al calificarle ahora de normativo quiero poner de relieve que se trata de extender el no cognoscitivismo como metaética (los juicios de valor no son susceptibles de verdad o falsedad porque no describen nada) a cualquier tipo de juicio prescriptivo (los juicios normativos no son susceptibles de verdad o falsedad porque no describen nada). De ello se deriva que el intérprete o aplicador de una norma (o de un enunciado normativo) realiza siempre y necesariamente un acto de voluntad y no de conocimiento, acto de voluntad que puede ser bueno o malo, justo o injusto, correcto o incorrecto, pero en ningún caso verdadero o falso. En sus formulaciones más típicas el escepticismo interpretativo queda, por tanto, directamente

³⁸² “Existen entonces al menos dos razones metodológicas o filosóficas para que la Escuela de Génova rechace la calificación de realismo jurídico, una relativa a la teoría en sí, y otra relativa a la teoría específicamente jurídica. En cuanto a la teoría en sí, para una teoría eminentemente crítica, deconstructiva o terapéutica, como es generalmente (auto) caracterizada la teoría genovesa, el empleo del término <realidad> no puede ser más que un grito de batalla, sino solamente el indicio retórico de una pretensión que no puede ser mantenida; para parafrasear una conocida frase de Ross, relativa a la justicia, hablar de realidad es como dar un puñetazo sobre la mesa. Respecto a la teoría específicamente jurídica, la idea de que el derecho sea reducible a cualquier realidad más profunda –la creación judicial, o tal vez, como para el realismo político, la administración de la fuerza– es ella misma una ilusión; después de todo, los jueces o la fuerza crean derecho sólo a condición de respetar la formalidad jurídica” (Ídem., p. 211); pero aún más, parecería que la etiqueta es inadecuada, además, porque hoy los autores italianos se ocupan de temas que los realistas históricos considerarían metafísica. Si ya no son realistas jurídicos ¿qué queda? A ello me referiré más adelante.

³⁸³ Ídem., p. 205.

³⁸⁴ L.L. HIERRO, “Sostiene Barberis: Consideraciones sobre el trayecto genovés desde el realismo jurídico al constitucionalismo”, en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, obra citada, pp. 217-236, en especial p. 219.

vinculado al no cognoscitivismo”³⁸⁵. Por otra parte, Barberis se pregunta qué distingue a la Escuela de Génova del realismo jurídico “histórico”. Es posible distinguir tres temas: la interpretación, la teoría de la ciencia jurídica³⁸⁶ y la Filosofía del Derecho en general. Pero quizás: “[e]l principal objeto de interés de la Escuela de Génova es tal vez hoy el constitucionalismo (nacional, comunitario y global), fenómeno y doctrina para los cuales los genoveses han acuñado un nombre –neoconstitucionalismo– y de los cuales discuten en el fondo, sin limitarse a denunciar el aspecto ideológico”³⁸⁷. Neoconstitucionalismo al que me referí en la introducción. Si, como se avanzó, la Escuela de Génova se formó en torno a la figura de G. Tarello, conviene analizar algunas de sus tesis en relación con la interpretación. En el capítulo anterior afirmé que interpretar es atribuir significado a un enunciado lingüístico, aunque no está claro si siempre es necesario o bien, sólo en caso de duda. Señalé también que interpretación jurídica es aquella en que dicho enunciado está contenido en un texto jurídico. Asimismo, puse a la vista que el debate entre la identidad o distinción entre interpretación y comprensión es mucho más interesante si se plantea como la discusión sobre si el significado es o no vinculante. Dije que este debate podía plantearse también a partir de la tesis que afirma la distinción entre norma y enunciado normativo, y mostré la opinión de uno de los representantes de esta Escuela de Génova, R. Guastini, quien propuso una explicación a partir de la distinción entre interpretación y aplicación del Derecho. En 1974 Tarello se refirió a este tema. Explica que: “[e]n caso de enunciado dudoso, no se trata de hablar de <interpretación de la norma> (como si la norma estuviese ya dada); se trata, en cambio, de hablar de <búsqueda de la prescripción>. Ya que la tarea a llevar a cabo es la de individualizar la prescripción: individualizarla, es decir, buscarla, no interpretarla. Lo que se interpreta es el enunciado. La prescripción, la norma, resulta el producto de (y no precede como dado a) la interpretación (que es interpretación del enunciado)”³⁸⁸. Como se acaba de decir, el punto de partida de este escepticismo es que exista una duda sobre el enunciado. Tarello sostiene que: “[e]s evidente que un enunciado es dudoso cuando no se sabe si un

³⁸⁵ Ídem., p. 223.

³⁸⁶ En este sentido, véase R. GUASTINI, *Distinguiendo...*, obra citada, p. 346: “[e]n la teoría jurídica de este siglo existe un punto de vista –llamado realismo jurídico– según el cual la ciencia jurídica debería ser una ciencia empírica, descriptiva, no de normas (de lo que “debe ser”), sino de hechos sociales (de lo que “es”). Más precisamente, según este punto de vista, la ciencia jurídica debería describir (y prever) aquellos peculiares hechos sociales que son las decisiones jurisdiccionales. Es natural que, para quienes aceptan este punto de vista, sea más oportuno reconstruir el ordenamiento jurídico no ya como el conjunto de las normas, válidas sino más bien como el conjunto de las normas efectivamente aplicadas por los tribunales (ya sean válidas o inválidas)”.

³⁸⁷ M. BARBERIS, “Un poco de realismo sobre el realismo <genovés>”, trad. de E. Cuautle Rodríguez, en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, obra citada, pp. 212 y 213.

³⁸⁸ G. TARELLO, “La semántica del néustico: Observaciones sobre la <parte descriptiva> de los enunciados prescriptivos” (1974), trad. de P. Luque Sánchez, en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, obra citada, pp. 15-39, en especial p. 28.

comportamiento está designado por la parte descriptiva de un enunciado que expresa una prescripción jurídica”³⁸⁹ o bien, es dudoso también aquel enunciado en el que no se sabe “si la designación contenida en su parte descriptiva es perfectamente equivalente a (designa la misma clase de comportamiento que) otra designación expresada con otros vocablos”³⁹⁰. Para resolver esta duda existen dos soluciones. La primera es designar el comportamiento con las mismas palabras del enunciado y constatar si se identifican; la segunda es designar el comportamiento con otras palabras y después “constatar” si equivalen. En fin, este es el escepticismo frente a las reglas que, como se señaló, caracterizará a la Escuela de Génova. Pero ¿qué nos quiere decir con ello el realismo jurídico genovés? J.J. Moreso, en réplica a Tarello, admite que: “[c]omo es sabido, GUASTINI (y, siguiendo a TARELLO, toda la *escuela genovesa*) sostiene una teoría escéptica de la interpretación jurídica, según la cual los enunciados interpretativos son semejantes a definiciones estipulativas y, por tanto, carecen de valor de verdad: la actividad interpretativa no es una actividad de carácter cognoscitivo, sino que tiene una naturaleza prescriptiva”³⁹¹. En cambio, Moreso propone la distinción entre norma y proposición normativa. Conforme a esta propuesta, las normas no son más que el “significado de oraciones prescriptivas que carecen de valor de verdad, y proposiciones normativas, proposiciones acerca de normas que sí tienen valores de verdad”³⁹². Bouvier, por su parte, admite que está fuera de discusión que el realismo jurídico genovés sostiene el escepticismo frente a las reglas, pero propone una explicación alternativa a la señalada por Moreso, que a mi forma de ver las cosas conviene reproducir. En sus palabras: “[n]o hay norma sin interpretación, la interpretación es una actividad primordialmente volitiva/atributiva desarrollada por jueces y/o doctrina que arroja como producto una norma”³⁹³. De este modo, “un texto no es todavía una norma como se vio, esta parece ser una de las tesis distintivas del realismo genovés. Según esta concepción, que el texto sea el producto de una actividad humana, realizada por un sujeto autorizado por otra norma para producir el *texto*, no hace a este último, todavía, una norma jurídica en sentido estricto. Para que exista una norma jurídica en sentido estricto hace falta que los textos o manchas sobre el papel que se siguen de tales acciones sean *interpretados*”³⁹⁴. Si bien es cierto que como se avanzó la Escuela de Génova se formó en torno a la figura de G. Tarello, no lo es menos que en este

³⁸⁹ Ídem., p. 31.

³⁹⁰ Íbidem.

³⁹¹ J.J. MORESO, “Significado, interpretación y proposiciones normativas: Apuntes para un debate”, en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, obra citada, pp. 41-50, en especial pp. 41 y 42.

³⁹² Ídem., p. 46.

³⁹³ H.G. BOUVIER, *Lenguaje y Teoría del Derecho...*, obra citada, p. 32.

³⁹⁴ Ídem., p. 37.

movimiento teórico han destacado otros autores quienes también se han referido al tema de la interpretación. Me refiero, por ejemplo, a P. Comanducci. En *La interpretación jurídica* ³⁹⁵, afirma que mostrará las teorías de la interpretación jurídica que “circulan” hoy en día, para señalar posteriormente cuáles son o deberían ser las tareas del juez respecto a la interpretación. Si esto es así, el primer paso es distinguir entre tres acepciones de interpretación. La interpretación hermenéutica designa la atribución de sentido a objetos, fenómenos y procesos, por parte del sujeto que los conoce. Las teorías constructivistas niegan que sea posible hablar de aquellos objetos, fenómenos o procesos como si fueran cosas distintas e independientes del sujeto. La interpretación semántica designa la atribución de significado a entidades lingüísticas. Así, en el Derecho se traduce en la atribución de significado a textos. Sin interpretación no sería posible usar el texto. De este modo, la interpretación jurídica “designa la asignación de significado a entidades lingüísticas, verbales o escritas, en situaciones en las que se suscitan dudas o discusiones acerca del significado que ha de atribuírseles” ³⁹⁶. En las dos últimas acepciones el concepto central es el de significado, que presenta dos problemas. Si el significado es lo que dice algo sobre el mundo, el primer problema son las relaciones entre lenguaje y mundo ³⁹⁷; y el segundo, las relaciones entre los sujetos del lenguaje. En Derecho, el primer problema es cuál es la referencia de los enunciados prescriptivos. Aquí conviene advertir que los enunciados cognoscitivos son susceptibles de ser verdaderos o falsos, pero esto no sucede así con los enunciados prescriptivos. El segundo problema es que el lenguaje jurídico se caracteriza por ser ambiguo y vago. Según se avanzó Comanducci analiza en este artículo las teorías de la interpretación. De este modo, distingue entre teorías neoescépticas y teorías neoformalistas: “a) *Tesis neoescéptica*: la interpretación es una actividad volitiva, en la que el intérprete elige, siempre y necesariamente, el significado que se le atribuye al documento: el intérprete crea el significado, no lo descubre. Por tanto, sería un mistificador quien sostuviera la existencia de significados preconstituídos a la interpretación y de textos cuyo significado fuera claro con independencia de la interpretación [...] b) *Tesis neoformalista*: hay documentos normativos cuyo sentido es manifiesto y que, por consiguiente, no han de ser interpretados; hay supuestos claros en los que al caso concreto se aplican las consecuencias jurídicas previstas por la norma en cuestión, sin que esta última tenga que ser interpretada. Por tanto, la interpretación previa

³⁹⁵ P. COMANDUCCI, “La interpretación jurídica”, s.t., en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, obra citada, pp. 51-70.

³⁹⁶ Ídem., p. 53.

³⁹⁷ Al respecto, véase A. MARMOR, *Interpretación y teoría del Derecho*, obra citada, p. 118: “[s]e considera que el realismo es una posición relativa a un problema metafísico, una concepción sobre la manera en la que nuestros pensamientos y nuestro lenguaje se relacionan con el mundo”.

de un documento normativo no siempre es una condición necesaria para su aplicación”³⁹⁸. Comanducci, por su parte, propone una tesis ecléctica, según la cual las tesis neoescéptica y neoformalista no son contradictorias y, por tanto, ambas son verdaderas, si la primera se refiere a la interpretación semántica y, en cambio, la segunda se refiere a la interpretación jurídica. La tesis ecléctica afirma, pues, que “no hay interpretación en el sentido jurídico, en todos los casos que se deba adscribir un significado a un documento, sino sólo cuando surjan dudas o contrastes acerca de cuál es el significado que ha de adscribirse al mismo”³⁹⁹. En opinión de Comanducci, hoy en día el interés no está más en las teorías de la interpretación sino en las teorías de la justificación de la interpretación de las que es posible distinguir tres grupos. Las teorías lógicas afirman que la justificación sólo puede ser lógico-deductiva a partir de normas jurídicas. Las teorías retóricas señalan que la justificación se realiza a través de argumentos retóricos (Tarello) o bien, que *debe* realizarse a través de aquellos (Perelman). Y las teorías éticas afirman que toda decisión jurídica requiere de una justificación político-moral (Zagrebelsky, Dworkin, Alexy y Nino). En fin, actualmente no se discuten las técnicas de interpretación sino la justificación de las decisiones de los jueces. Y para Comanducci: “[u]na justificación puede definirse como un procedimiento argumentativo mediante el cual se ofrecen razones a favor de una conclusión”⁴⁰⁰. Comanducci concluye que también está superado el debate entre los modelos americano y europeo continental de toma de decisiones, que explica en términos de justicia para el caso el primero y certeza el segundo; pues hoy en día se integran ambos modelos, “aun sabiendo que se trata de una empresa que nunca podrá ser realizada completamente. Siempre hay que sacrificar un poco de certeza en aras de alcanzar la equidad, y viceversa”⁴⁰¹. Pero además, en la actualidad también está fuera de discusión la discrecionalidad judicial, no sólo por la textura abierta del lenguaje, sino también por la interacción de ideologías e intereses en la decisión. Afirmar ello no es otra cosa más que reconocer que el juez crea Derecho, y que esta situación no vulnera la separación de poderes, pues es indiscutible que hoy en día no sólo legisla el legislador sino también el juez y la administración. Si se acepta que el juez crea Derecho, lo interesante es saber de qué tipo de normas jurídicas se trata. Comanducci afirma que estaría fuera de discusión que se tratan de normas individuales, pero también está claro que son normas generales las que produce la

³⁹⁸ P. COMANDUCCI, “La interpretación jurídica”, s.t., en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, obra citada, p. 58.

³⁹⁹ Ídem., p. 59.

⁴⁰⁰ P. COMANDUCCI, “Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del Derecho”, trad. de C. Soriano Cienfuegos, en VV.AA., *Positismo jurídico y neoconstitucionalismo*, obra citada, pp. 11 y 12.

⁴⁰¹ P. COMANDUCCI, “La interpretación jurídica”, s.t., en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, obra citada, p. 63.

interpretación del juez, que no son otra cosa más que las motivaciones de los fallos. Lo interesante, continúa Comanducci, es preguntarse si estas últimas normas pertenecen o no al Derecho. Su tesis es que no es posible explicarlo a partir de la noción de validez. Por ello, es necesario utilizar otros instrumentos. Su propuesta es utilizar el concepto de vigencia: “[e]sta concepción de la vigencia hace referencia a una previsión: a la previsibilidad de que en sucesivas decisiones la norma general elaborada a través de la interpretación pueda fundamentar nuevas decisiones. Si es previsible —como sucede por ejemplo en el caso de algunas normas generales creadas por la jurisprudencia consolidada de los máximos órganos jurisdiccionales de un Estado— que aquellas normas vayan a ser el fundamento de futuras decisiones, entonces podríamos afirmar que están muy vigentes o bastante vigentes. Si en cambio, como a veces sucede con la norma general creada por un juez de una jurisdicción inferior, es poco probable que vayan a ser utilizadas en decisiones futuras, entonces podríamos afirmar que la norma está poco o nada vigente”⁴⁰². Se trata, afirma Comanducci, de una tesis de corte realista y neoescéptica que no responde a la pregunta ¿cómo debo interpretar? Frente a ello, como el propio Comanducci reseña se han creado teorías prescriptivas relativas a la justificación de la interpretación, las que en última instancia buscan una justificación racional de la interpretación. Hasta aquí he mostrado el realismo jurídico genovés que si bien es cierto que es posible encontrar excepciones en autores como Guastini con su distinción entre interpretación y aplicación del Derecho o bien, Comanducci y su tesis ecléctica, no lo es menos que este movimiento teórico defiende en última instancia un escepticismo frente a las reglas. De este modo, a la manera de lo dicho en relación con las variedades del realismo jurídico americana y escandinava, es posible concluir que la Escuela de Génova admite la tesis de la total indeterminación del Derecho. Si esto es así, según se dijo, de acuerdo con Hart, en el siguiente apartado mostraré el otro extremo. Me refiero a *the Noble Dream* o la tesis de la total determinación del Derecho que ejemplificaré con la teoría de R. Dworkin. Pero antes creo que convendrían algunas líneas a manera de conclusión de este apartado. Páginas atrás afirmé que del tercer argumento del neoconstitucionalismo para sostener la imposibilidad del positivismo jurídico, en general, para explicar el papel del juez en el Derecho del Estado constitucional se siguen varias cuestiones. Señalé también que entre dichas cuestiones se encuentra la pregunta sobre ¿qué teorías se han formulado para explicar la interpretación jurídica? De este modo, puse a la vista que el debate en este capítulo es aquel sostenido, por una parte, por aquellas teorías que afirman la tesis de la total indeterminación

⁴⁰² Ídem., pp. 64 y 65.

del Derecho, que propuse identificar con el movimiento teórico denominado “realismo jurídico”. Esta postura es llamada por Hart *the Nightmare* y, en concreto, la relaciona con el realismo americano. Siguiendo esta línea, dediqué el primer epígrafe del presente apartado a esta variedad del realismo jurídico. Allí se dijo que para su precursor, O.W. Holmes, el Derecho no es más que las profecías acerca de lo que los tribunales realmente harán. Se trata, en suma, de una postura escéptica frente a las reglas, que reduce el Derecho a la decisión del juez. Este escepticismo si bien no frente a la reglas, sí frente a los hechos es sostenido también por uno de los representantes del realismo americano, J. Frank. Sin embargo, como se dijo, el americano no es la única forma de realismo jurídico, pues lo es también el escandinavo. Por ello, a esta variedad dediqué el segundo epígrafe de este apartado. Afirmé que si bien es cierto que es posible distinguir varias etapas y autores representantes del realismo jurídico escandinavo, no lo es menos que por las razones apuntadas en su oportunidad en aquel epígrafe mostré las obras de Olivecrona y Ross. El primero, a partir de un escepticismo frente a las reglas por su postura sobre la inexistencia fáctica de los derechos y deberes; y el segundo, al afirmar que el Derecho es un fenómeno social determinado por la aplicación hecha por los tribunales o bien, que el Derecho no es más que un conjunto de normas que efectivamente operan en el espíritu del juez, llegan a la misma conclusión, es decir, afirman la tesis de la total indeterminación del Derecho. Tesis que, a pesar de algunas excepciones como las señaladas, es seguida por otra variedad del realismo jurídico, que como se expuso se trata de la Escuela de Génova a la que se dedicó el tercer y último epígrafe. Efectivamente, el realismo jurídico genovés se caracteriza por sostener, entre otras tesis, el escepticismo interpretativo. En fin, creo que es posible concluir con Hart que las variedades del realismo jurídico tienen en común insistir en que para entender el Derecho todo lo que importa es qué hacen los tribunales y la posibilidad de predecirlo. Se trata, pues, de una postura escéptica. Por ello, afirmar como lo hacen la tesis de la total indeterminación del Derecho no es otra cosa más que tomar partido por uno de los extremos señalados en el capítulo anterior, es decir, entre interpretación/comprensión; significado vinculante o no vinculante; norma/enunciado normativo; y, en fin, sobre si la norma es el punto de partida o bien el punto de llegada de la interpretación. Pero quizás la conclusión más interesante es que el realismo jurídico como teoría que ofrece una explicación de la interpretación jurídica es en realidad una teoría del Derecho ⁴⁰³, que a la pregunta ¿qué es Derecho? responde que se trata del

⁴⁰³ En contra, véase J.I. SOLAR, *El realismo jurídico de Jerome Frank...*, obra citada, p. 88, pues, en sus palabras, “es preciso remarcar que el realismo jurídico siempre se mostró reacio a todo ensayo de definición <real> del derecho, es decir, a todo intento de búsqueda de esencias o de notas definitorias de su naturaleza, en

conjunto de las decisiones de los jueces. Dicho de otra forma, para este movimiento teórico el Derecho es superfluo, pues lo que vale es la decisión del juez. En fin, este como se ha insistido sólo es uno de los extremos en que se presenta el debate. Al otro extremo, según se dijo, dedicaré el siguiente apartado. Me refiero a *the Noble Dream* o la tesis de la total determinación del Derecho en la obra de R. Dworkin.

2. *The Noble Dream* o la tesis de la total determinación del Derecho

Una vez presentadas las variedades del realismo jurídico, el objeto de este apartado es mostrar, siguiendo a Hart, el otro extremo del debate sobre la interpretación jurídica. Efectivamente, en *American Jurisprudence through English Eyes*, Hart afirma que *the Noble Dream* es la antítesis de *the Nightmare*; señala además que el primero tiene muchas variantes, pero en todas sus formas representa la creencia, quizás la fe, que a pesar de las apariencias superficiales en contrario y a pesar de todos los períodos judiciales aberrantes y errores, todavía una explicación y una justificación se pueden proveer de una expectativa común de los litigantes de que los jueces deben aplicar a sus casos el Derecho existente y no crear nuevo Derecho para ellos, aunque el texto de una particular provisión constitucional, estatuto o de precedentes disponibles aparezca que no ofrece una guía determinada. Y con esto va la creencia en la posibilidad de justificar muchas otras cosas, como la forma de los argumentos de los abogados que, teniendo las mismas expectativas, son dirigidos en los tribunales a los jueces como si ellos estuvieran buscando, no creando, el Derecho; el hecho de que cuando los tribunales invalidan una decisión pasada, la nueva decisión es normalmente tratada como si el Derecho siempre hubiera estado establecido de esa forma; como corrigiendo un error, y dando una operación retrospectiva. Y finalmente, el hecho de que el lenguaje de la decisión del juez no es tratado como un acto verbal de creación de Derecho con autoridad canónica. A renglón seguido, Hart reconoce que, sin duda, la Declaración de Independencia habló el lenguaje de unos derechos naturales universales y de un derecho natural también universal. Y la concepción que estaba “por debajo o por arriba” del derecho positivo era aquel derecho natural universal que era posible descubrir a través de la razón humana, y que era aplicable a todos los hombres en todos los tiempos y lugares. Y esta concepción estuvo presente en la

cuanto tal empeño implicaba a su entender una delimitación artificial e injustificable a priori del objeto y el alcance de la disciplina jurídica”.

teoría del Derecho americana, especialmente en los primeros años ⁴⁰⁴. Por ello, quizás no sea sorprendente que cuando una provisión particular del Derecho positivo es indeterminada, se piense que hay un Derecho existente en alguna parte que los jueces pueden y deben aplicar para resolver los casos. Pero, *the Noble Dream* no se refiere generalmente a algo universal, sino específicamente está relacionado con las preocupaciones y forma de un sistema legal individual, y los fines específicos y los valores perseguidos a través del Derecho en una sociedad particular. De esta forma, la versión contemporánea de *the Noble Dream* es la teoría de R. Dworkin, quizás “*the noblest dreamer of them all*” ⁴⁰⁵. Su teoría de la adjudicación está marcada por el énfasis en muchas nuevas distinciones, como aquellas que sostienen que en argumentos de principios existen derechos, que él piensa que es apropiado que los jueces usen para sostener sus decisiones, en contraste con argumentos de política acerca del bienestar o de metas colectivas, que no son estos últimos asunto del juez sino del legislador. Su teoría es holística y particularista. Al igual que Pound, Dworkin rechaza la idea de que el sistema legal consiste únicamente en reglas explícitas de autoridad y enfatiza la importancia de principios implícitos no formulados; y al igual que Llewellyn, Dworkin rechaza la idea que él atribuye a la teoría del Derecho positivista, que el juez debe, cuando las reglas explícitas son indeterminadas, hacer a un lado sus libros de Derecho y empezar a legislar de acuerdo con su moral personal o bien, con sus concepciones del bien social o de justicia ⁴⁰⁶. Así para Dworkin, incluso en el más difícil de los casos difíciles donde cada una de dos alternativas de interpretación de un estatuto o dos reglas en conflicto parece que caben igual de bien en una clara regla establecida, el juez nunca crea Derecho. No voy a detenerme aquí en esta crítica. Mostraré, en cambio, la teoría de Dworkin. Pero quizás lo primero que convenga advertir es que si bien es cierto que, como se acaba de decir, Hart consideró a la teoría de Dworkin como la representante contemporánea de *the Noble Dream*, no lo es menos que en 1977 (fecha en que escribió *American Jurisprudence through English Eyes*) Hart estaba pensando en una serie de artículos de Dworkin publicados a finales de la década de 1960, hoy reunidos en *Los derechos en serio* ⁴⁰⁷. Como es sabido, en esta obra, Dworkin avanza su teoría a partir de una crítica formulada al positivismo jurídico. Pero creo que Marmor tiene razón cuando afirma que aquella crítica de Dworkin “ha experimentado desde hace poco un fuerte giro metodológico, que consiste en un rechazo total del enfoque analítico en el ámbito de la teoría

⁴⁰⁴ H.L.A. HART, “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream” (1977), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, obra citada, p. 133.

⁴⁰⁵ *Ídem.*, p. 137.

⁴⁰⁶ *Ídem.*, p. 138.

⁴⁰⁷ R. DWORKIN, *Los derechos en serio* (1977), trad. de M. Guastavino, Ariel, 5ª reimp., Barcelona, 2002.

jurídica. Este enfoque, que Dworkin identifica con aquello que llama “teorías semánticas del derecho”, debería ser reemplazado por una teoría de la interpretación que, según sostiene, constituye la única clase de teoría que puede dar cuenta de la naturaleza interpretativa de las prácticas jurídicas”⁴⁰⁸. Esta teoría es el “Derecho como integridad”. A ella me referiré en las siguientes líneas. En el Prefacio a *El imperio de la justicia*⁴⁰⁹, Dworkin afirma que “el razonamiento legal es un ejercicio de interpretación constructiva, que nuestro derecho consiste en la mejor justificación de nuestras prácticas legales como un todo, que consiste en la historia narrativa que convierte a estas prácticas en lo mejor que pueden ser”⁴¹⁰. El punto de partida es tener claro que la pregunta no es ¿qué es Derecho? sino ¿cómo los jueces deciden los casos? pues no debe perderse de vista que, en esta obra, para Dworkin “el derecho es una cuestión de derechos defendibles en una corte”⁴¹¹, en donde la clave estará en la integridad⁴¹² que es “un ideal político preciso [que al asumirlo] aceptamos el principio adjudicativo de la integridad por encima del derecho, porque queremos considerarnos una asociación de principio, una comunidad gobernada por una sola y coherente visión de justicia, equidad y debido proceso en la relación correcta”⁴¹³. En fin, ¿cómo los jueces deciden los casos? Para Dworkin: “[e]s importante los distintos modos en que los jueces deciden sus casos, así como también lo que creen que es el derecho, y cuando no están de acuerdo con el mismo, es importante saber qué tipo de desacuerdo tienen”⁴¹⁴. En los juicios se plantean cuestiones de hecho, de Derecho y de moralidad y fidelidad políticas. No hay desacuerdos sobre las cuestiones de hecho y de moralidad, como sí los hay sobre cuestiones de Derecho. Para explicarlo, Dworkin afirma que las propuestas de ley son declaraciones de la gente sobre lo que dice la ley, las cuales pueden ser verdaderas o falsas. Y así habría dos tipos de desacuerdos. Jueces y abogados pueden estar de acuerdo con el fundamento del Derecho, esto es, cuando la verdad o falsedad de otras propuestas hacen verdadera o falsa la propuesta en cuestión. Pero jueces y abogados no están de acuerdo sobre si esos fundamentos se satisfacen en un caso particular. Este es un desacuerdo teórico, sobre lo que, en opinión de Dworkin, no

⁴⁰⁸ A. MARMOR, *Interpretación y teoría del Derecho*, obra citada, p. 13.

⁴⁰⁹ R. DWORKIN, *El imperio de la justicia: De la teoría general del Derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica* (1986), trad. de C. Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1988.

⁴¹⁰ Ídem., p. 11.

⁴¹¹ Ídem., p. 281.

⁴¹² En este sentido, véase A. CALSAMIGLIA, “El Derecho como integridad: Dworkin”, *Universitat Pompeu Fabra-Working Paper*, núm. 25, 1990, pp. 1-15, en especial p. 7, quien afirma que: “[u]na primera intuición de lo que entiende por integridad puede expresarse de este modo. En el lenguaje natural decimos que una persona es íntegra moralmente cuando obra conforme a principios. La virtud de la integridad supone no sólo la existencia de unos principios sino también su organización coherente”.

⁴¹³ R. DWORKIN, *El imperio de la justicia...*, obra citada, p. 284.

⁴¹⁴ Ídem., p. 16.

hay teoría plausible alguna, pues se ha sostenido que es una ilusión ya que jueces y abogados sí están de acuerdo sobre los fundamentos del Derecho. A esta postura, Dworkin le llama el punto de vista “evidente”. Este punto de vista evidente diría, según Dworkin, que: “[e]l derecho es sólo aquello que las instituciones legales, tales como legislaturas, consejos municipales y cortes, han decidido en el pasado” ⁴¹⁵. Así, el Derecho es un hecho evidente que nunca depende de lo que debería ser. Pero si esto es así, cómo explicar un desacuerdo teórico. Dworkin responde que un desacuerdo teórico no trata sobre lo que el Derecho es, sino precisamente sobre lo que el Derecho debería ser. El desacuerdo no es ya sobre cuestiones de Derecho, sino sobre cuestiones de moralidad y fidelidad políticas. En fin, *El imperio de la justicia* es una obra sobre este desacuerdo teórico, que trata de comprender de qué tipo es para proponer una teoría sobre los fundamentos del Derecho. El Derecho, sin duda, es un fenómeno social, pero adviértase también que la práctica legal es argumentativa, que depende de la verdad de las propuestas de ley que se formulen. Práctica legal que es distorsionada por la tesis del hecho evidente que, conviene reiterarlo, sostiene que “el derecho sólo depende de hechos históricos evidentes, que el único desacuerdo sensato sobre el derecho es un desacuerdo empírico sobre qué decidieron en el pasado las instituciones legales, que aquello que denomino [afirma Dworkin] desacuerdo teórico es ilusorio y mejor entendido como un argumento no sobre el derecho sino sobre lo que éste debería ser” ⁴¹⁶. En favor del punto de vista evidente se ha argumentado que el desacuerdo teórico es una pretensión, porque el significado de “Derecho” depende de ciertos criterios específicos que no pueden ser rechazados por abogado alguno. Se usan, pues, reglas que son compartidas al emplear palabras. Reglas que señalan criterios que proporcionan significados. Y estas reglas para emplear la palabra “Derecho” la unen a un hecho histórico evidente. El problema es que, según Dworkin, seguimos estas reglas pero no somos conscientes de ellas. Usamos criterios al concebir declaraciones sobre lo que es Derecho, pero no sabemos de qué criterios se tratan. Por ello, los filósofos deben elucidarlos, elaborando teorías para tal fin. Teorías llamadas por Dworkin en su conjunto “semánticas”. Dworkin reseña que dentro de estas teorías primero se emplearon definiciones del Derecho, para posteriormente describir el “uso” de la palabra Derecho, que no es más que las condiciones bajo las cuales las propuestas de ley son verdaderas o falsas. De esta forma, analiza un primer grupo de teorías semánticas que no son otras sino las ubicadas en el “positivismo jurídico”. Insiste Dworkin en que según estas teorías semánticas, los abogados y jueces usan los mismos criterios para señalar la verdad o

⁴¹⁵ Ídem., p. 19.

⁴¹⁶ Ídem., p. 35.

falsedad de aquellas propuestas de ley, esto es, hay un acuerdo sobre los fundamentos del Derecho. La diferencia entre estas teorías es cuáles son estos criterios y qué fundamentos del Derecho indican. Las teorías positivistas señalan que estos criterios son hechos históricos, y su diferencia ahora es qué hechos históricos son relevantes. Para Austin, la verdad de una propuesta de ley depende del mandato del soberano; idea rechazada por Hart, para quien los fundamentos del Derecho dependen de la “aceptación” de la regla de reconocimiento. De este modo para Hart, en opinión de Dworkin, “las propuestas de ley son verdaderas no sólo en virtud de las órdenes de las personas que por lo general son obedecidas, sino en virtud de convenciones sociales que representan la aceptación de la comunidad de un esquema de reglas que permiten a dichas personas o grupos crear leyes válidas” ⁴¹⁷. Pero las positivistas no son las únicas teorías semánticas, según Dworkin, lo es también la escuela del derecho natural, que sostiene que los abogados usan criterios que si no del todo reales si son morales en alguna medida, para decidir la verdad o falsedad de las propuestas de ley; el criterio más extremo aquí indicaría que Derecho y justicia son idénticos; otros criterios afirman que en algunas ocasiones la moral es relevante. En fin, además del positivismo y del iusnaturalismo, Dworkin sostiene que son también teorías semánticas las defendidas por el realismo jurídico, pues afirma que las reglas del lenguaje tornan a las propuestas de ley en predicciones. Según Dworkin, la mejor versión del realismo afirma que el significado de una propuesta de ley depende del contexto. Dworkin, sin embargo, se enfoca en el positivismo jurídico (que según él está afectado por un “aguijón semántico”, ya que abogados y jueces no usan los mismos criterios para decidir cuándo las propuestas de ley son verdaderas o falsas) pero aquí lo que interesa es avanzar en su teoría. De este modo, lo primero que debo advertir es que para Dworkin “el derecho es un concepto interpretativo” ⁴¹⁸. Interpretar una práctica no es más que una forma de interpretación. La primera forma de interpretación es la conversación. Además, se habla de interpretación científica o artística; esta última se identifica con la interpretación de una práctica en la medida en que ambas se refieren a algo creado por alguien diferente al intérprete; son, pues, formas de interpretación “creativa”, que se ocupan de descifrar propósitos y no de causas. Por ello para Dworkin, la interpretación creativa lo es de construcción; pero aquí los propósitos a elucidar no son los del autor sino del intérprete. Y así: “[a] grandes rasgos, la interpretación constructiva es una cuestión de un propósito impuesto a un objeto o práctica para hacer del mismo el mejor ejemplo posible de la forma o

⁴¹⁷ Ídem., p. 37.

⁴¹⁸ Ídem., p. 47.

género al cual pertenece” ⁴¹⁹. La interpretación es, pues, el informe de un propósito, se propone una manera de ver algo en cierto sentido. Esta interpretación tiene tres etapas. En primer lugar, una etapa preinterpretativa en la que se identifican reglas sobre el contenido de la práctica social; una vez identificada la práctica, en una segunda etapa llamada interpretativa, el intérprete ofrece una justificación general para los elementos de la práctica; y por último, en una tercera etapa llamada postinterpretativa o reformadora, el intérprete ajusta su sentido sobre qué necesita la práctica para adecuarse a aquella justificación aceptada en la etapa anterior. Adoptar esta actitud interpretativa requiere de una teoría diferente a las enunciadas como semánticas, en opinión de Dworkin. Esta teoría no es más que un programa de adjudicación que es recomendado al juez, y que, a la vez, sirve para criticar lo que hace. Dworkin insiste en que el Derecho es un concepto interpretativo; el juez debe continuar la práctica que ha elegido, elaborando teorías sobre la mejor interpretación de sus responsabilidades en dicha práctica. Cuando los jueces tienen un desacuerdo teórico, este es en realidad interpretativo; se discute, pues, sobre la interpretación más sólida de algún aspecto de la práctica. Estas teorías que elabora el juez se basan en sus propias convicciones, pero sin perder de vista que todos los jueces comparten “paradigmas de derecho”, como la práctica del precedente o el propio lenguaje. Para llevar a cabo esto es necesario partir de ciertas ideas comunes, compartidas en la etapa preinterpretativa. Dworkin habla aquí, por ejemplo, de la Constitución. En segundo lugar, propone que las discusiones sobre Derecho tengan como punto de partida asumir “que el sentido más abstracto y fundamental de la práctica legal es guiar y restringir el poder del gobierno de la siguiente manera. La ley insiste en que no se utilice la fuerza sin importar lo útil que sería para los fines en vista, sin importar lo nobles o beneficiosos que sean estos fines, excepto cuando lo permiten o requieren los derechos y responsabilidades individuales provenientes de decisiones políticas anteriores sobre cuándo se justifica la fuerza colectiva” ⁴²⁰. Este concepto de Derecho tiene su reflejo en tres concepciones que Dworkin identifica con el convencionalismo, el pragmatismo legal y el Derecho como integridad. Aquí nos interesa este último, que Dworkin presenta como “la mejor interpretación de aquello que hacen y parte de lo que dicen abogados, profesores de derecho y jueces [...] [De este modo] el derecho como integridad acepta la ley y los derechos legales con sinceridad [...] Supone que las restricciones del derecho benefician a la sociedad no sólo proporcionando el hecho de que sea predecible o una equidad procesal, o cualquier otra forma instrumental, sino asegurando un tipo de igualdad entre los ciudadanos que hace

⁴¹⁹ Ídem., p. 48.

⁴²⁰ Ídem., p. 76.

más genuina su comunidad y mejora su justificación moral para ejercitar su poder político [...] Sostiene [además] que los derechos y responsabilidades provienen de decisiones anteriores y por lo tanto tienen valor legal, no sólo cuando están explícitas en estas decisiones sino también cuando provienen de principios de moralidad personal y política que las decisiones explícitas presuponen a través de la justificación”⁴²¹. El Derecho como integridad se explica a través de las virtudes de la equidad, la justicia y el debido proceso: “[l]a política común comparte con una teoría política utópica ciertos ideales políticos, los ideales de una estructura política justa, una justa distribución de recursos y oportunidades y un proceso equitativo para hacer cumplir las reglas y reglamentaciones que los establecen. Para ser breve, denominaré [afirma Dworkin] a todo esto las virtudes de equidad, justicia y debido proceso”⁴²². Dworkin explica estas virtudes en los siguientes términos: “[e]quidad en política significa hallar los procedimientos políticos (métodos para elegir funcionarios y hacer que sus decisiones sean responsables para el electorado) que distribuyen el poder político de la forma adecuada [...] Por otra parte, la justicia se preocupa por las decisiones que las instituciones políticas permanentes, hayan o no sido elegidas justamente, deben tomar. Si aceptamos la justicia como una virtud política queremos que nuestros legisladores y otros funcionarios distribuyan recursos materiales y protejan las libertades civiles como para asegurar un resultado defendible desde el punto de vista moral. El debido proceso se refiere a los procedimientos correctos para juzgar si un ciudadano ha violado las leyes establecidas por procedimientos políticos”⁴²³. Pero hay una virtud más de moralidad política llamada virtud de la integridad política⁴²⁴, que no es más que tratar casos parecidos en forma parecida. Esta virtud de la integridad, explica Dworkin, se aplica al legislador y al juez. De este modo: “[t]enemos dos principios de integridad política: Un principio legislativo, que pide que los legisladores traten de que todo el conjunto de leyes sea coherente desde el punto de vista moral, y un principio adjudicativo, que instruye que se considere el derecho lo más coherentemente posible desde esa perspectiva”⁴²⁵ moral. La integridad es un ideal independiente que puede entrar en conflicto con otros. Una sociedad política debe aceptar el ideal de integridad y si esto es así,

⁴²¹ Ídem., pp. 77 y 78.

⁴²² Ídem., p. 123.

⁴²³ Ídem., p. 124.

⁴²⁴ Al respecto, véase J. DELGADO, “La noción de integridad en la teoría del Derecho de R. Dworkin: análisis y valoración”, *Derechos y Libertades*, núm. 11, 2002, pp. 15-44, en especial p. 28: “la integridad constituye un valor diferente de la justicia y de la equidad. Pero [...] implica a ambas. Significa coherencia en la concepción de justicia y equidad que se mantiene como subyacente a las normas vigentes y con la que se opera al interpretarlas y aplicarlas. Requiere que esa concepción esté integrada por principios de justicia y principios de equidad en la proporción debida”.

⁴²⁵ R. DWORKIN, *El imperio de la justicia...*, obra citada, p. 132.

se torna en una comunidad especial que promueve su autoridad moral para emplear la fuerza coercitiva. Pero además la integridad tiene otras ventajas como evitar la corrupción o bien, fomentar la eficacia del Derecho. Pero más importante aún: “[s]i el pueblo acepta ser gobernado no sólo por reglas explícitas establecidas en decisiones políticas anteriores sino también por cualquier otra norma proveniente de los principios que estas decisiones suponen, entonces el conjunto de normas reconocidas puede expandirse y contraerse en forma orgánica, a medida que las personas se tornan más sofisticadas para sentir y explorar aquello que estos principios requieren en nuevas circunstancias, sin la necesidad de una legislación detallada o de adjudicación en cada punto de posible conflicto” ⁴²⁶. Pero por otro lado, la integridad legitima también a un Estado para ejercer la coerción. No voy a detenerme aquí en la obligación de obediencia. Me interesa, en cambio, volver a la interpretación constructiva y mostrar su relación con la virtud de la integridad: “[c]ualquier interpretación constructiva de éxito de nuestras prácticas políticas en su totalidad reconoce la integridad como un claro ideal político que a veces requiere compromisos con otros ideales [...] [En fin] la integridad es la clave de la mejor interpretación constructiva de nuestras prácticas de derecho y en particular, de la forma en que los jueces deciden los casos legales difíciles [así] el derecho como integridad proporciona una mejor interpretación de la práctica legal” ⁴²⁷. Como se acaba de decir, la virtud de integridad se aplica tanto al legislador como al juez. Pero conviene insistir en su relación con este último: “[e]l principio adjudicativo de integridad instruye a los jueces a que identifiquen los deberes y derechos legales, hasta donde sea posible, sobre la suposición de que todos fueron creados por un mismo autor (la comunidad personificada) que expresa una correcta concepción de justicia y equidad [...] [De esta forma] las propuestas de ley son verdaderas si figuran o surgen como consecuencia de principios de justicia, equidad y debido proceso que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad” ⁴²⁸. El Derecho como integridad ofrece, pues, a los jueces un programa sobre cómo decidir casos difíciles. En esta labor Dworkin introduce al conocido juez Hércules, quien como se sabe es “un juez imaginario de un poder intelectual y una paciencia sobrehumanos que acepta el derecho como integridad” ⁴²⁹. Este requiere que Hércules, como todo juez, asuma que el Derecho se estructura a partir del conjunto coherente de principios de justicia, equidad y debido proceso, y debe asumir también que es necesario hacer cumplir dichos principios en todo caso que se le presente, de modo que en cada uno de ellos, las

⁴²⁶ Ídem., p. 140.

⁴²⁷ Ídem., p. 158.

⁴²⁸ Ídem., p. 164.

⁴²⁹ Ídem., p. 173.

personas se encuentren en una situación que sea justa y equitativa. Y este es el estilo de adjudicación que requiere el Derecho como integridad. En esta labor, reconoce Dworkin, el juez no actúa como lo haría un legislador, y además señala que debe tomar sus decisiones sobre principios y no sobre fundamentos de política. En suma: “[l]os jueces que aceptan el ideal interpretativo de integridad deciden casos difíciles tratando de hallar, en un grupo de principios coherentes sobre los derechos y deberes de las personas, la mejor interpretación constructiva de la estructura política y la doctrina legal de su comunidad” ⁴³⁰. Si esto es así, conviene detenernos en la distinción entre casos fáciles y casos difíciles. Dworkin afirma que los casos fáciles no son más que casos especiales de los casos difíciles; y sostiene además que el Derecho como integridad proporciona técnicas para interpretar unos y otros, y que dichas técnicas son, además, las mismas que se aplicarán para decidir casos de Derecho consuetudinario o de estatutos; aunque en este último caso, señala Dworkin, el juez debe “encontrar la mejor justificación posible de un hecho legislativo del pasado. Trata de mostrar un pedazo de historia social (la historia de una legislatura elegida en forma democrática que sanciona un texto en particular en circunstancias particulares) bajo la mejor perspectiva posible y esto significa que su descripción debe justificar toda la historia y no sólo su conclusión. Su interpretación debe ser sensible no sólo a sus convicciones acerca de la justicia y de una política de conservación inteligente, sino también a sus convicciones sobre los ideales de la integridad y la equidad política y el debido proceso en cuanto a que éstos se aplican en forma específica a la legislación en una democracia” ⁴³¹. De este modo, el ideal de integridad le exigirá al juez que construya una justificación para el estatuto en cuestión, y en la medida de lo posible, que sea coherente con toda la legislación vigente. Pero aquí además, el juez no sólo toma en cuenta fundamentos de principios sino también políticos. Así, en relación con los estatutos: “Hércules no sólo interpreta el texto del estatuto sino también su vida, el proceso que comienza antes de que se convierta en ley y se extiende mucho más allá de dicho momento” ⁴³², buscando la mejor interpretación de la historia política. Podría pensarse que esto se presenta en aquellos casos en los que el texto del estatuto no es claro en sí mismo. Sin embargo, esto no es así, porque en opinión de Dworkin somos nosotros quienes hacemos de un texto un caso no claro. Dicho de otra forma: “[n]o consideramos confuso un estatuto hasta que pensamos que existen buenos argumentos disponibles para cada una de las

⁴³⁰ Ídem., pp. 183 y 184.

⁴³¹ Ídem., p. 239.

⁴³² Ídem., p. 246.

dos interpretaciones rivales”⁴³³. No es necesario, pues, distinguir entre estatutos claros y aquellos que no lo son. Esta afirmación, sin duda, lleva a analizar de nueva cuenta la distinción apuntada entre casos fáciles y casos difíciles. Un caso difícil, en línea de principio, es aquel en el que no hay acuerdo sobre si una propuesta de ley es verdadera o falsa, y entonces parecería que la teoría para resolver unos y otros tendría que ser distinta. Pero esto no es así, Dworkin insiste en que un caso fácil se resuelve con la misma teoría expuesta; la diferencia únicamente obedece al hecho de que un caso fácil representa preguntas cuyas respuestas son tan obvias que al contestarlas no nos damos cuenta de que también estamos aplicando la teoría que no es otra más que el derecho como integridad. Teoría que, sin duda, resulta también aplicable a los casos constitucionales. Dworkin afirma que la discusión ya no es si la Corte Suprema tiene el poder de decidir qué dice la Constitución, y de invalidar los actos del gobierno que excedieran los poderes que le fueron conferidos correctamente entendidos; sino que ahora el debate es cómo debe ejercerse esa revisión judicial. Este debate divide a los jueces americanos en liberales y conservadores, y la distinción, se dice, es que los conservadores obedecen la Constitución, y los liberales la reforman según sus convicciones. Para Dworkin esta distinción es falsa, porque no toma en cuenta su teoría. No es necesario, sin embargo, detenerme en la forma en que el Derecho como integridad clasifica a los jueces americanos. Aquí lo que interesa es cómo, según Dworkin, deben resolver los jueces frente a la Constitución. Lo primero que advierte es que las cuestiones constitucionales difíciles requieren una interpretación que proporcione la mejor justificación de la práctica constitucional: “Hércules no piensa que la Constitución no es más que aquello que produciría la mejor teoría de justicia y equidad abstracta a título de teoría ideal. En cambio, se deja guiar por un sentido de integridad constitucional; cree que la Constitución norteamericana consiste en la mejor interpretación disponible del texto y la práctica constitucionales norteamericanas en su totalidad, y su juicio acerca de cuál interpretación es la mejor es sensible a la gran complejidad de virtudes políticas correspondientes a la misma cuestión [...] Sus argumentos abarcan la convicción popular y la tradición nacional cada vez que éstas son pertinentes a la pregunta soberana: qué interpretación de la historia constitucional muestra esa historia desde una mejor perspectiva. Por la misma razón y con el mismo fin, éstos giran sobre sus propias convicciones sobre justicia y equidad y la correcta relación entre ellas”⁴³⁴. Hércules no tendrá una deferencia ciega frente al legislador; pero en otras disposiciones protegerá la democracia; y en fin, decidirá qué otras incluyen la protección de los derechos frente a las mayorías.

⁴³³ Ídem., p. 249.

⁴³⁴ Ídem., p. 279.

Hablando de la revisión judicial: “[c]uando interviene en el proceso de gobierno para declarar inconstitucional algún estatuto u otro acto del gobierno, lo hace al servicio de su juicio más concienzudo acerca de qué es en realidad la democracia y qué quiere decir en realidad la Constitución, madre y guardiana de la democracia” ⁴³⁵. Hasta aquí he mostrado la teoría de Dworkin. Teoría que a mi forma de ver las cosas afirma la tesis de la total determinación del Derecho. Creo que para Dworkin el Derecho está totalmente determinado, porque el juez siempre encontrará la única respuesta correcta, a partir de principios que son jurídicos no por un hecho social sino por su corrección o verdad moral de los que habló en *Los derechos en serio*; sin perder de vista que estos mismos principios siguen vigentes en su teoría ahora en la versión de *El imperio de la justicia* cuando dice que el juez obtiene la mejor interpretación constructiva de la estructura política y la doctrina legal de su comunidad para resolver un caso, a partir de un grupo de principios coherentes sobre los derechos y deberes de las personas. La tesis de la total determinación del Derecho rechaza la discrecionalidad del juez y que este actúe como legislador. Si esto es así, tenemos los elementos suficientes para responder el tercer argumento del neoconstitucionalismo que, como se sabe, afirma la imposibilidad del positivismo jurídico, en general, para explicar el papel del juez en el Derecho del Estado constitucional. A ello dedicaré el tercer y último apartado de este capítulo.

3. Positivismo jurídico hartiano y el papel del juez en el Derecho del Estado constitucional: la tesis de la determinación parcial del Derecho

Recordemos que el neoconstitucionalismo sostiene que el positivismo jurídico, en general, es incapaz de explicar el papel del juez en el Derecho del Estado constitucional, y que este argumento se puede enunciar de varias formas. Tal y como se mostró en el capítulo anterior no hay nada que nos permitiera suponer que el positivismo jurídico hartiano no es capaz de explicar el control de constitucionalidad, pues sin duda Hart admite que los contenidos materiales incorporados en la Constitución son límites a la competencia del órgano productor, y que no son establecidos a la manera de “prohibiciones” de legislar, sino que la Constitución introduce la posibilidad de que en caso de que una norma fuera creada sobrepasando dichos límites fuera declarada inválida por el órgano de características jurisdiccionales habilitado

⁴³⁵ Ídem., p. 280.

para ejercer el control de constitucionalidad. Por esta razón, no es necesario un acercamiento teórico diferente del positivismo jurídico hartiano para dar cuenta del funcionamiento del control de constitucionalidad y que, por tanto, este argumento del neoconstitucionalismo así enunciado es falso. Sin embargo, un segundo enunciado, a partir de la premisa de la incorporación en la Constitución de contenidos materiales, afirma que el juez requiere de una tarea hermenéutica que le permita aplicar aquellos contenidos a los casos concretos porque, en última instancia, la interpretación de la Constitución es diferente a la interpretación de la ley. Enunciado de esta forma, el argumento no habla de otra cosa más que de la interpretación (que no es incompatible con el control de constitucionalidad). Por ello, propuse reformularlo y decir que el neoconstitucionalismo ha esgrimido un tercer argumento que sostiene que el positivismo jurídico, en general, es incapaz de explicar el papel del juez en el Derecho del Estado constitucional, porque la descripción que ofrece para interpretar el texto constitucional es inadecuada frente al cambio que la incorporación en la Constitución de contenidos materiales supuso respecto de la práctica jurisprudencial. Pero enunciado de esta forma, el argumento genera una serie de preguntas tales como ¿qué es interpretación? ¿la interpretación de la Constitución es un caso especial de interpretación jurídica? y ¿qué teorías se han formulado para explicar la interpretación jurídica? Al conjunto de estas preguntas propuse denominarlo *El problema de la interpretación del Derecho del Estado constitucional*. En el capítulo anterior concluí, por una parte, que interpretar es atribuir significado a un enunciado lingüístico, aunque no está claro si siempre es necesario o bien, sólo en caso de duda; y que interpretación jurídica es aquella en que dicho enunciado está contenido en un texto jurídico; y por otra, que la interpretación de la Constitución no es un caso especial de interpretación jurídica. Puse a la vista que si la premisa a partir de la cual el neoconstitucionalismo formula este argumento es la incorporación en la Constitución de contenidos materiales como rasgo del Derecho del Estado constitucional, afirmando además que estas normas constitucionales funcionan como principios y que por ello requieren de técnicas de interpretación diferentes a las de las reglas, este argumento es falso. Primero, porque en el capítulo primero mostré que la incorporación en la Constitución de contenidos materiales no es una novedad del Derecho del Estado constitucional. Segundo, porque si esto es así, no habría algo que nos permitiera suponer que el juez antes de la segunda mitad del siglo XX no tuvo que interpretar principios. Tercero, porque en última instancia la diferencia entre reglas y principios es de grado. Y cuarto, porque como se acaba de decir la interpretación de la Constitución no es un caso especial de interpretación jurídica. En fin, conviene insistir en que este argumento del neoconstitucionalismo así reformulado es falso. Si este tercer argumento del

neoconstitucionalismo para sostener la imposibilidad del positivismo jurídico, en general, para explicar el papel del juez en el Derecho del Estado constitucional es falso en las dos formas de enunciarlo que se acaban de mostrar, entonces no habría algo que nos permitiera suponer que el positivismo jurídico hartiano no se muestra resistente frente a este argumento, o lo que es lo mismo, no habría algo que nos permitiera suponer que la teoría de Hart es incapaz de explicar el problema de la interpretación o, en última instancia, el papel del juez en el Derecho del Estado constitucional. Pero si esto es así, resta por cuestionarnos si el positivismo jurídico hartiano ofrece o no la mejor explicación del papel del juez en el Derecho del Estado constitucional.

Conforme también ha sido avanzado, el problema de la interpretación del Derecho del Estado constitucional y, en última instancia, el papel del juez gira en torno a un debate sobre la indeterminación o determinación del Derecho. Este debate es sostenido entre, por una parte, las teorías que afirman la tesis de la total indeterminación del Derecho y, por otra, aquellas que sostienen la tesis de la total determinación del Derecho. Como señalé, Hart examina este debate y a partir de la distinción que propone entre dos extremos (*the Nightmare and the Noble Dream*) mostré las teorías que han ofrecido una solución al problema de la interpretación. En el primer apartado de este capítulo mostré *the Nightmare*, que identifiqué con el realismo jurídico en sus variedades americana, escandinava y genovesa. Concluí que estas teorías afirman la tesis de la total indeterminación del Derecho, porque para ellas el Derecho es superfluo, pues en última instancia lo que vale es la decisión del juez. Para esta tesis el juez no sólo tiene discrecionalidad sino que además crea Derecho. De esta forma, el común denominador entre las variedades del realismo jurídico es el escepticismo frente a las reglas; aunque es claro, por otra parte, que entre ellas existen diferencias; a manera de ejemplo es posible decir que para el realismo americano las razones en las que el juez apoya sus decisiones son irrelevantes, mientras que el realismo genovés afirma que hoy en día el interés ya no está en las teorías de la interpretación, sino en las teorías de la justificación de las decisiones de los jueces. A mi forma de ver las cosas la tesis de la total indeterminación del Derecho es inadmisibile. El Derecho no es superfluo. Esto es así, si admitimos con R. de Asís que, por ejemplo: “[e]l sometimiento al Derecho implica, en todo caso, manejar una concepción del Derecho como sistema de normas mínimamente determinado. En efecto, esta exigencia viene de la mano de otro rasgo de lo jurídico: el respeto al principio de publicidad. Pensar en la inexistencia de límites a la hora de atribuir significado a un precepto, esto es, en que los enunciados no nos dicen nada, haciendo descansar la validez de la decisión

interpretativa única y exclusivamente en la competencia del intérprete, supone en definitiva afirmar la irrelevancia de los enunciados y las normas y de su publicidad”⁴³⁶. De este modo, un primer argumento para sostener la inadmisibilidad de esta tesis es que las normas jurídicas (llámense reglas o principios) sí dicen algo, o lo que es lo mismo, el legislador las dota de significado, y además este es vinculante para el intérprete, pues afirmar lo contrario sería tanto como admitir el absurdo de que “el legislador, cuando aprueba un enunciado normativo, no manda, prohíbe o permite nada, no quiere decir nada; se limita a ofrecer a los jueces y juristas unas cuantas palabras para que ellos se entretengan en dotarlas de sentido normativo”⁴³⁷. En fin, aquí cobra relevancia el debate mostrado en el capítulo anterior sobre la identidad o no entre interpretación y comprensión que, como se señaló, una forma de resolver es a través de la distinción entre interpretación en sentido amplio e interpretación en sentido estricto. En sentido amplio, interpretación se identifica con comprensión, lo que quiere decir que el legislador dota de significado a las normas jurídicas y el intérprete lo conoce (comprende). Pero puede suceder que dicho significado no sea claro, y entonces hablamos de interpretación en sentido estricto. Un segundo argumento para sostener la inadmisibilidad de la tesis de la total indeterminación del Derecho es que las normas jurídicas no sólo son relevantes sino que además sí dicen algo, porque si no fuera así, no habría forma de saber quién es juez, qué competencia tiene y a través de qué procedimiento resuelve⁴³⁸, cuestionándose además la aptitud del Derecho para realizar su función de control social. Se trata, por ejemplo, de la necesidad de incluir una regla de adjudicación como sostiene Hart o bien, de la explicación de Kelsen sobre el derecho adjetivo preexistente: “[l]os tribunales aplican siempre un derecho ya existente, pero puede no tratarse de un derecho substantivo, sino adjetivo. El tribunal puede aplicar únicamente las normas generales que determinan su propia existencia y el procedimiento a seguir, o sea las normas generales que confieren a ciertos individuos la capacidad jurídica de actuar como tribunal de determinada entidad política. Sólo en cuanto los individuos a quienes el demandante pide que resuelvan la controversia aplican normas preexistentes del derecho adjetivo, es posible considerarlos como

⁴³⁶ R. de ASÍS, “Juez y concepto de Derecho iuspositivista”, en VV.AA., *El positivismo jurídico a examen...*, obra citada, p. 546.

⁴³⁷ L.L. HIERRO, “Sostiene Barberis: Consideraciones sobre el trayecto genovés desde el realismo jurídico al constitucionalismo”, en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, obra citada, p. 225.

⁴³⁸ Sobre este argumento referido a la obra de Ross, véase L.L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo...*, obra citada, p. 261: “[s]e podría decir que la síntesis inicialmente pretendida por Ross es poco satisfactoria. Reúne los defectos de ambas versiones del realismo; porque no da suficientes razones para delimitar el fenómeno jurídico a la aplicación del derecho por los tribunales (con la dificultad accesoria de que la delimitación de <tribunales> exige previamente la delimitación de aquellas reglas jurídicas vigentes que rigen su composición, actuación, etc.)”.

“tribunal”, y sus decisiones tienen obligatoriedad jurídica”⁴³⁹. Un tercer argumento es que el Derecho es mucho más que decisiones de los jueces. Como explica J.A. García Amado: “[p]ara el realismo no hay más derecho que el derecho judicial y la ley sólo cuenta en la medida en que el juez crea que debe aplicarla y en que condiciona de hecho sus sentencias”⁴⁴⁰. Entiendo que el realismo americano se formula en el contexto del Derecho de los Estados Unidos en el que, como se sabe, el sistema del *common law* es uno de precedentes y no de estatutos, pero de ahí a sostener que el Derecho no es más que la decisión de un juez o bien, las predicciones sobre lo que hará resulta inadmisibile. De aquí se sigue un cuarto argumento para sostener la inadmisibilidat de la tesis de la total indeterminación que tiene que ver con la Teoría del Derecho. Este argumento dice que si dicha tesis fuera verdadera en cumplimiento a su objeto una teoría del Derecho realista se limitaría a describir las decisiones de los jueces o bien, lo que los jueces dicen que es el Derecho y nada más, lo cual es falso porque como se acaba de decir el Derecho es mucho más que eso. Hierro está de acuerdo con este argumento, aunque lo explique de otra forma, cuando afirma que: “[e]s fácil concluir que el derecho, como conjunto o sistema de normas, está radicalmente indeterminado y que cualquier estudio del derecho que pretenda ser en alguna medida científico no puede sino limitarse a contar lo que los intérpretes de los enunciados normativos dicen que significan los enunciados normativos”⁴⁴¹. Aquí quizás convenga advertir que si bien es cierto que el realismo jurídico ofrece una teoría del Derecho descriptiva, no lo es menos que dicha teoría es falsa o, por lo menos, su respuesta a la pregunta ¿qué es Derecho? insuficiente. Creo que Hart resume bien esta idea cuando afirma que las teorías del realismo americano tienen mucho que decirnos acerca del proceso judicial y sobre lo poco que interviene la deducción a partir de premisas predeterminadas; pero la lección “se vuelve borrosa” cuando se presenta como un asunto de definición del Derecho⁴⁴². En fin, es de rechazar toda teoría realista que afirme la tesis de la total indeterminación del Derecho. Pero como se mencionó estas no son las únicas teorías que han ofrecido una solución al problema de la interpretación.

En el segundo apartado de este capítulo mostré *the Noble Dream*, que identifiqué con la teoría de Dworkin. Señalé también que esta teoría afirma la tesis de la total determinación del Derecho. Efectivamente, para Dworkin el Derecho está totalmente determinado, porque el

⁴³⁹ H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, obra citada, p. 180.

⁴⁴⁰ J.A. GARCÍA, *Retórica, argumentación y derecho*, obra citada, p. 134.

⁴⁴¹ L.L. HIERRO, “Sostiene Barberis: Consideraciones sobre el trayecto genovés desde el realismo jurídico al constitucionalismo”, en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, obra citada, p. 224.

⁴⁴² H.L.A. HART, “Definition and Theory in Jurisprudence” (1954), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, obra citada, pp. 21-48, en especial p. 25.

juez siempre encontrará la única respuesta correcta, a través de principios que son jurídicos, no por un hecho social, sino por su corrección o verdad moral; o bien, porque son aquellos principios los que permitirán al juez resolver un caso a través de la mejor interpretación constructiva de la estructura política y la doctrina leal de su comunidad. Esta tesis rechaza la discrecionalidad del juez y que actúe como legislador. No se olvide además que se trata de una teoría de la adjudicación y que es particular. Lo cierto es que en mi opinión la tesis de la total determinación del Derecho no es admisible. En línea de principio, podría argumentar que el Derecho no está totalmente determinado porque es imposible que el legislador pueda prever todo caso. Pero creo que esto no es a lo que se refiere Dworkin. Para él, el Derecho está totalmente determinado porque como se acaba de decir existen ciertos principios que no sólo es posible conocer sino que además tienen tal corrección o verdad moral que se vuelven jurídicos sin necesidad de hecho social alguno. Principios a partir de los cuales el juez encontrará la única respuesta correcta o bien, elaborará la mejor interpretación. Se tratan de principios de moral ideal. En la Introducción se avanzó que un teórico del Derecho no puede admitir principios de moral ideal porque no es posible demostrar su existencia (o fuerza obligatoria) o bien, como señaló Hart, porque aquel juez que pretendiera usarlos no estaría haciendo más que expresar sus propias preferencias, o como se dijo, no creo que teórico alguno se sienta complacido al pensar que él no puede ver lo que para otros es evidente. En fin, rechazo la moral ideal. En última instancia, porque a partir de ella nunca podría argumentarse con seriedad una única respuesta correcta ⁴⁴³. Aunque no debe perderse de vista que, por otra parte, como señalé, para defender el positivismo jurídico no es necesario adoptar una cierta postura metaética, pues recuérdese el relativismo de Kelsen o bien, la teoría de la justicia basada en derechos de Barranco. En fin, creo que es posible concluir la inadmisibilidad de las tesis de la total indeterminación y de la total determinación del Derecho. Esta es la opinión de Hart ⁴⁴⁴, quien desde 1961, cuando se publicó *El concepto de Derecho* propuso una solución. Me refiero a la tesis de la determinación parcial del Derecho.

⁴⁴³ H.L.A. HART, "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream" (1977), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, obra citada, pp. 139 y 140. La teoría del profesor Dworkin, estoy seguro, estimulará a juristas y filósofos durante mucho tiempo en ambos lados del Atlántico: "[b]ut if I may venture a prophecy, I think the chief criticism that it will attract will be of his insistence that, even if there is no way of demonstrating which of two conflicting solutions, both equally well warranted by the existing law, is correct, still there must always be a single correct answer awaiting discovery".

⁴⁴⁴ "In conclusion let me say this: I have portrayed American jurisprudence as beset by two extremes, the Nightmare and the Noble Dream: the view that judges always make and never find the law they impose on litigants, and the opposed view that they never make it. Like any other nightmare and any other dream, these two are, in my view, illusions, though they have much of value to teach the jurist in his waking hours. The truth, perhaps unexciting, is that sometimes judges do one and sometimes the other. It is not of course a matter of indifference but of very great importance which they do and when and how they do it. That is a topic for another occasion" (Ídem., p. 144).

Efectivamente, recuérdese que Hart sostiene en esta obra que las reglas se expresan a través del lenguaje, mediante el uso de términos que se refieren a personas, actos, objetos y circunstancias, pero siempre estará presente un cierto grado de indeterminación. Este es, de hecho, un rasgo inevitable. La consecuencia es que toda regla, además de un núcleo de significado indiscutido, tendrá una penumbra de incertidumbre. Lo que quiere decir que una regla puede presentar ciertas dudas en algunos de sus puntos, pero es condición de todo sistema jurídico que las reglas no presenten dudas en *todos* sus puntos. A esta porosidad de las reglas Hart le llama la textura abierta del Derecho, a partir de la cual se afirmó la tesis de la discrecionalidad judicial. A partir de estas ideas, es posible formular la tesis de la determinación parcial del Derecho. Esta tesis afirma que el Derecho es un conjunto de reglas primarias y reglas secundarias que presentan un núcleo de significado indiscutido pero también una penumbra de incertidumbre. Para resolver un caso, el juez tiene que aplicar el Derecho y aquí se presentan dos posibilidades. La primera posibilidad es que el caso esté previsto por una norma jurídica. Si el juez al leer esta norma comprende su significado, la aplica. En cambio, si el juez al leer la norma *no* comprende su significado tendrá que interpretarla para aplicarla. La segunda posibilidad es que el caso no esté previsto por una norma jurídica. Recuérdese cómo Hart explica que en todo sistema jurídico habrá siempre casos no previstos, es decir, casos para los cuales el Derecho claramente establecido no tiene decisión alguna. En tales casos, el juez debe ejercer su discreción y crear Derecho para el caso, no de forma arbitraria, sino siempre conforme a Derecho, es decir, el juez goza de lo que Hart llama un poder intersticial de creación. Está fuera de discusión, por otra parte, que en cualquiera de estas dos posibilidades el juez crea Derecho a través de la sentencia, que no es más que una norma jurídica individual, pero puede ocurrir también que se trate de una norma jurídica general (*i. e.* cuando se trata del pronunciamiento de invalidez efectuado por un órgano de características jurisdiccionales habilitado para ejercer el control de constitucionalidad, siempre que el efecto de este control sea *erga omnes*). Además, no debe perderse de vista que cuando el juez dicta sentencia debe motivar o justificar su decisión ⁴⁴⁵, y conviene reiterar que es “insensato” pensar que existe o bien, que es obligatoria una moral ideal que le provea de una única respuesta correcta. El siguiente párrafo de *El concepto de*

⁴⁴⁵ Al respecto, véase J. WRÓBLEWSKI, “Justificación de las decisiones jurídicas” (1979), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho*, obra citada, p. 45: “[l]a exigencia de justificación significa que las decisiones en cuestión no son ni evidentes ni arbitrarias”. En este sentido, véase J.A. GARCÍA, *Del método jurídico a las teorías de la argumentación*, obra citada, p. 164: “[l]o evidente no necesita justificación; lo arbitrario prescinde de ella. Fundamentar una decisión jurídica significa justificar por medio de razones o argumentos el por qué de la opción por esa determinada decisión de entre las que son compatibles con el tenor de las normas, o posibles por la ausencia de ellas. Y aquí es precisamente donde inciden de modo preferente las teorías de la argumentación jurídica”.

Derecho es largo, pero creo conviene reproducirlo a fin de mostrar el tema de la justificación de las decisiones judiciales en la teoría de Hart: “[l]a decisión judicial, especialmente en materias de elevada importancia constitucional, a menudo implica una elección entre valores morales, y no meramente la aplicación de algún principio moral aislado, porque es insensato creer que cuando el significado del derecho es dudoso la moral pueda dar siempre una respuesta clara. En este punto los jueces pueden hacer una elección que no es arbitraria ni mecánica; y aquí suelen desplegar virtudes judiciales características que son especialmente peculiares de la decisión judicial, lo que explica por qué algunos se resisten a calificar de “legislativa” a tal actividad judicial. Estas virtudes son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptado como base razonada de la decisión. Ya que es siempre posible una pluralidad de tales principios, es indudable que no se puede *demonstrar* que una decisión es la única correcta: pero es posible conseguir que se la acepte como el producto razonado de una elección imparcial bien informada. En todo esto aparece la “ponderación” y el “balance” característicos del esfuerzo por hacer justicia en medio de intereses en conflicto”⁴⁴⁶. De este modo, si lo que Carbonell y Comanducci nos quieren decir es que el neoconstitucionalismo afirma la imposibilidad del positivismo jurídico, en general, para explicar el papel del juez en el Derecho del Estado constitucional, porque no presta atención a la necesidad de justificar las decisiones judiciales o bien, porque no ofrece una teoría de la argumentación jurídica, este argumento así enunciado es falso. Esto es así, en primer lugar pues además de lo señalado en aquel pasaje de Hart, no debe perderse de vista que una decisión judicial es válida en tanto y en la medida en que ha sido dictada por un órgano competente conforme al procedimiento adecuado⁴⁴⁷; y en segundo lugar, porque como se ha insistido en esta investigación el objeto de la Teoría del Derecho es responder a la

⁴⁴⁶ H.L.A. HART, *El concepto de Derecho*, obra citada, pp. 252 y 253.

⁴⁴⁷ En este sentido, véanse M.C. BARRANCO, *Derechos y decisiones interpretativas*, obra citada, p. 129: “[e]n el caso de los derechos fundamentales, en los supuestos en los que no existe convención a propósito del contenido –lo que puede producirse en abstracto, pero de modo muy frecuente tiene lugar en relación con el caso concreto–, los criterios últimos de validez sólo pueden ser formales –la decisión interpretativa se integra en el ordenamiento si es producida por el órgano competente a través de un procedimiento adecuado–, y el problema fundamental es el de la justificación y el control”; R.A. CARACCIOLO, *Sistema jurídico...*, obra citada, pp. 74 y 75: “[p]ero una decisión de este tipo [judicial] no conduce a la <producción> de una norma, meramente por las intenciones de los individuos actuantes o por las formas lingüísticas utilizadas. Es preciso, además, conforme a la exigencia que tiene en cuenta el criterio de legalidad, que la decisión haya sido adoptada por individuos competentes, de acuerdo a un sistema normativo determinado”; P. COMANDUCCI, “Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del Derecho”, trad. de C. Soriano Cienfuegos, en VV.AA., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, obra citada, p. 35: “[u]na decisión judicial es válida (obligatoria o perteneciente) sólo porque la ha dictado un juez competente, independientemente de su contenido”; y M. SEGURA, *Sobre la interpretación del Derecho*, obra citada, pp. 105 y 106: “todas las decisiones judiciales *valen* como consecuencia del argumento de autoridad. En efecto, el contenido de las sentencias demuestra que éstas no valen porque estén bien razonadas o argumentadas sino porque han sido dictadas por el órgano competente”.

pregunta ¿qué es Derecho? no, en cambio, dar contestación a un juez quien preguntara ¿cómo debo resolver? Pero quizás en última instancia, el neoconstitucionalismo con su crítica al positivismo jurídico, en general, nos está alertando sobre el debate entre razón y voluntad en el Derecho del Estado constitucional: “[p]ues bien, en las coordenadas del constitucionalismo actual la dialéctica voluntad y razón se traduce en una tensión entre la Constitución –y en especial entre sus disposiciones materiales, los derechos- y la democracia resuelta de manera distinta por el modelo voluntarista y por el modelo racionalista” ⁴⁴⁸. De este modo como señala Barranco, “se puede decir que si la concepción es voluntarista, la justificación de las decisiones jurídicas depende de la legitimidad del órgano que decide [...] Si, por el contrario, la concepción es racionalista, la decisión se justifica precisamente por su racionalidad y no por la autoridad de quien la efectúa” ⁴⁴⁹. Creo que en el fondo lo que se está discutiendo es la conveniencia o no, por una parte, de que el juez pueda crear Derecho y, por otra, de que un órgano de características jurisdiccionales pueda invalidar las normas expedidas por un legislador dotado de legitimidad democrática. A este respecto, podría argumentar que Hart aportó razones para zanjar la discusión cuando respondió la crítica de Dworkin a la tesis de la discrecionalidad judicial; y en relación con lo segundo, como se acaba de decir, todo juez debe justificar sus decisiones, sin perder de vista que en última instancia la validez de una decisión depende de su emisión por el órgano competente conforme al procedimiento adecuado, lo que sin duda abre la puerta al error judicial, pero ese es otro tema; aquí propondría fijar la mirada en el papel del legislador y requerir también ahí la racionalidad de su actividad, pues creo que no basta la legitimidad democrática sino que se requieren también normas racionales o coherentes, y en eso creo que tiene razón Dworkin aunque no por los argumentos morales que él esgrime. En mi opinión este debate entre razón y voluntad en el Derecho del Estado constitucional es Teoría Política, y aquí de lo que estamos hablando es de Teoría del Derecho y, en concreto, de las teorías que han ofrecido una solución al problema de la interpretación jurídica. En conclusión, si las tesis de la total indeterminación del Derecho afirmada por el realismo jurídico y la de la total determinación del Derecho sostenida por Dworkin son “ilusiones”, a mi forma de ver las cosas la mejor explicación del papel del juez en el Derecho del Estado constitucional es la tesis de la determinación parcial del Derecho del profesor Hart.

⁴⁴⁸ P. CUENCA, *María del Carmen BARRANCO AVILÉS*, Derechos y decisiones interpretativas, *Marcial Pons, Madrid, 2004*, 158 pp., obra citada, p. 258.

⁴⁴⁹ M.C. BARRANCO, “El papel del juez en el Estado constitucional”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 22, 2005, pp. 113-130, en especial p. 128.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El planteamiento del neoconstitucionalismo es objeto de crítica porque parte de premisas falsas, ya que destaca rasgos del Derecho del Estado constitucional (como la incorporación en la Constitución de contenidos materiales o la tesis del Derecho como sistema normativo mixto) que no son novedosos y que, por tanto, no justificarían una revisión de la Teoría del Derecho. Efectivamente, antes de la segunda mitad del siglo XX los contenidos materiales estuvieron presentes en los sistemas jurídicos, incluso en sus normas superiores. Y si esto es así, no habría razón alguna para suponer que aquellos contenidos no funcionaron como criterios de validez o bien, que el juez no tuvo que interpretarlos para resolver el caso concreto; por esto último, el problema de la interpretación no es una novedad del Derecho del Estado constitucional, como tampoco lo es el control de constitucionalidad, pues se trata de una idea que tuvo su origen en una tesis sostenida en Inglaterra durante el siglo XVII, y estuvo presente en los Estados Unidos desde principios del XIX.

SEGUNDA.- El positivismo jurídico hartiano es capaz de explicar el Derecho del Estado constitucional. Esto es así porque la incorporación en la Constitución de contenidos materiales se reduce a la simple afirmación de que en la cúspide del sistema existen normas jurídicas, y la presencia de estas o de cualesquiera otras normas jurídicas no significa desafío alguno para una teoría del Derecho que, como la de Hart, tenga como propósito proporcionar un análisis de la estructura de cualquier sistema jurídico, concluyendo que se trata de la unión de reglas primarias y reglas secundarias. Por otro lado, si el Derecho del Estado constitucional fuera un sistema normativo mixto no habría algo que nos permitiera suponer que la explicación que ofrece el positivismo jurídico hartiano es insatisfactoria, como tampoco si aquel fuera un sistema normativo dinámico, como creo que lo es, pues la regla de reconocimiento no diría más que una norma es válida en tanto y en la medida en que ha sido producida por el órgano competente conforme al procedimiento adecuado. No creo, por otra parte, que sea necesario un acercamiento teórico diferente del positivismo jurídico hartiano para dar cuenta del funcionamiento del control de constitucionalidad, pues recuérdese cómo Hart admitió que los contenidos materiales incorporados en la Constitución son límites a la competencia del órgano productor, que no son establecidos como una prohibición de legislar, sino que la Constitución introduce la posibilidad de que en caso de que una norma fuera creada sobrepasando aquellos límites sea declarada nula, y esto no es más que el control de constitucionalidad. Además, a mi modo de ver, la tesis de la determinación parcial del Derecho que afirma el positivismo jurídico hartiano puede describir el papel del juez en el Derecho del Estado constitucional,

pues qué duda cabe de que las reglas se expresan a través del lenguaje y que siempre estará presente un cierto grado de indeterminación.

TERCERA.- El positivismo jurídico hartiano ofrece la mejor explicación del Derecho del Estado constitucional. Esto es así, en relación con la incorporación en la Constitución de contenidos materiales porque, por una parte, no son admisibles teorías no positivistas como la de Dworkin que explican la incorporación de los principios en el Derecho por su verdad o corrección moral; y por otra, si bien es cierto que teorías neoconstitucionalistas como la de Ferrajoli admiten que los contenidos materiales son normas jurídicas, no menos lo es que estas teorías no ofrecen una mejor explicación sobre la incorporación de aquellos contenidos en la Constitución. Por otro lado, el positivismo jurídico hartiano ofrece la mejor explicación de la validez en el contexto del Derecho del Estado constitucional, pues frente a otras teorías positivistas (Kelsen) si atendemos a la validez del ordenamiento jurídico en su conjunto, a diferencia de una norma presupuesta, una mejor explicación del último fundamento de validez es aquella que afirma que para que el Derecho exista debe haber alguna forma de práctica social que incluya a los jueces y a los ciudadanos ordinarios y esta práctica social no es más que la regla de reconocimiento de Hart. Y frente a otras teorías, el positivismo jurídico hartiano ofrece la mejor explicación de la validez si admitimos, por una parte, que teorías no positivistas como la de Dworkin hacen depender la validez de las normas jurídicas de principios de moral ideal; y por otra, que el “gran descubrimiento” de teorías neoconstitucionalistas como la de Ferrajoli es introducir un término (vigencia) que no aporta algo a la explicación. Por último, la teoría de Hart ofrece la mejor solución al problema de la interpretación del Derecho del Estado constitucional, si concedemos que resultan inadmisibles, por una parte, la tesis de la total indeterminación del Derecho pues este no es superfluo (aunque debo reconocer que resulta interesante el planteamiento de aquel sector del realismo que lejos de afirmar la indeterminación del Derecho, viene a decir que en última instancia el operador con competencia para decidir dispone del sentido de la norma que aplica); y por otra, la tesis de la total determinación del Derecho, porque como he insistido resulta criticable la tesis de la conexión entre Derecho y moral ideal. Pero si estas ideas son correctas, y se admite que el Derecho del Estado constitucional si no el único modelo, sí es en la actualidad el derrotero de las discusiones en Filosofía del Derecho, creo que es posible concluir que la teoría de H.L.A. Hart es la que mejor responde a la pregunta ¿qué es Derecho?

BIBLIOGRAFÍA

- M.A. AHUMADA, "Neoconstitucionalismo y constitucionalismo: (A propósito de <Constitucionalización y Neoconstitucionalismo> de Paolo Comanducci)", en VV.AA., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 123-159.
- C.E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1971), trad. de Id., Astrea, 5ª reimp., Buenos Aires, 2006.
- R. ALEXY, "Acerca de dos yuxtaposiciones: Concepto y naturaleza, Derecho y Filosofía. Algunos comentarios sobre <¿Puede haber una Teoría del Derecho?> de Joseph Raz" (2006), trad. de P. Gaido, en VV.AA., *Una discusión sobre la Teoría del Derecho*, edición de H. Bouvier *et al*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 87-98.
- *El concepto y la validez del Derecho* (1992), trad. de J.M. Seña, Gedisa, 2ª ed., Barcelona, 2004.
 - *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), trad. de C. Bernal Pulido, Centro de Estudios Constitucionales, 2ª ed., Madrid, 2007.
- F.J. ANSUÁTEGUI, "Estado de Derecho, crisis de la ley y Estado constitucional", en VV.AA., *Estado constitucional y derechos fundamentales*, coordinación de J. Mijangos y González y R. Ugalde Ramírez, Porrúa, México, 2010, pp. 1-21.
- *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, Dykinson, Madrid, 1997.
 - "Positivismo jurídico y sistemas mixtos", en VV.AA., *El positivismo jurídico a examen: Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, edición de J.A. Ramos Pascua y M.A. Rodilla González, Aquilafuente, Salamanca, 2006, pp. 601-622.
 - *Razón y voluntad en el Estado de Derecho: Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid, 2013.
- M. ARAGÓN, "La Constitución como paradigma", en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, edición de M. Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Trotta, Madrid, 2007, pp. 29-40.
- R. de ASÍS, "Democracia, Constitución y derechos", en VV.AA., *Estado constitucional y derechos fundamentales*, coordinación de J. Mijangos y González y R. Ugalde Ramírez, Porrúa, México, 2010, pp. 23-33.
- *Jueces y normas: La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
 - "Juez y concepto de Derecho iuspositivista", en VV.AA., *El positivismo jurídico a examen: Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, edición de J.A. Ramos Pascua y M.A. Rodilla González, Aquilafuente, Salamanca, 2006, pp. 539-554.
 - "Prólogo", a J. DORADO, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico: una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 11-16.
 - *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1999.

M. ATIENZA, *El sentido del Derecho* (2001), Ariel, Barcelona, 2012.

- “Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico”, en VV.AA., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, edición de G. Pisarello y R. García Manrique, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, pp. 133-165.
- “Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico” (2008), en M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2009, pp. 157-181.

M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, “Dejemos atrás el positivismo jurídico” (2006), en *Id.*, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2009, pp. 127-155.

- “La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica” (2001), en *Id.*, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2009, pp. 9-33.
- *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos* (1996), Ariel, 2ª ed., Barcelona, 2004.
- “Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica” (2003), en *Id.*, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2009, pp. 35-59.
- “Tres problemas de tres teorías de la validez jurídica” (2003), en *Id.*, *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2009, pp. 61-86.

M. BARBERIS, “Un poco de realismo sobre el realismo <genovés>”, trad. de E. Cuautle Rodríguez, en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, edición de J. Ferrer Beltrán y G.B. Ratti, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 201-215.

M.C. BARRANCO, “Constitución, derechos humanos y Filosofía del Derecho: Una teoría de la justicia para el constitucionalismo contemporáneo”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 28, 2012, pp. 13-31.

- “Decisión judicial y garantías del Estado constitucional”, en VV.AA., *Estado constitucional y derechos fundamentales*, coordinación de J. Mijangos y González y R. Ugalde Ramírez, Porrúa, México, 2010, pp. 79-99.
- *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- “El papel del juez en el Estado constitucional”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 22, 2005, pp. 113-130.
- “La moral en el Derecho y el conflicto entre ley y conciencia” (2009), en VV.AA., *Libertad ideológica y objeción de conciencia: Pluralismo y valores en Derecho y educación*, edición de M.I. Garrido Gómez y M.C. Barranco Avilés, Dykinson, Madrid, 2011, pp. 99-114.
- *La teoría jurídica de los derechos fundamentales* (1999), Dykinson, Madrid, 2004.
- “Los contenidos materiales de las Constituciones y la posibilidad de un constitucionalismo positivista”, en VV.AA., *El positivismo jurídico a examen:*

- Estudios en Homenaje a José Delgado Pinto*, edición de J.A. Ramos Pascua y M.A. Rodilla González, Aquilafuente, Salamanca, 2006, pp. 339-354.
- “Sobre el “método jurídico tradicional” como ficción”, en VV.AA., *El Derecho en red: Estudios en Homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 597-616.
 - *Teoría del Derecho y derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2009.
- N. BOBBIO, “Derecho y ciencias sociales” (1971), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho* (1979), traducción y edición de A. Ruiz Miguel, Debate, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 219-231.
- *El positivismo jurídico: Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra* (1961), trad. de R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993.
 - “Estructura y función en la teoría del Derecho de Kelsen” (1973), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho* (1979), traducción y edición de A. Ruiz Miguel, Debate, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 235-254.
 - “Filosofía del Derecho y Teoría General del Derecho” (1950), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho* (1979), traducción y edición de A. Ruiz Miguel, Debate, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 73-90.
 - “La teoría pura del Derecho y sus críticos” (1954), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho* (1979), traducción y edición de A. Ruiz Miguel, Debate, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 117-139.
 - “Naturaleza y función de la Filosofía del Derecho” (1962), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho* (1979), traducción y edición de A. Ruiz Miguel, Debate, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 91-101.
 - “Normas primarias y normas secundarias” (1968), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho* (1979), traducción y edición de A. Ruiz Miguel, Debate, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 307-321.
 - “Sobre los criterios para resolver las antinomias” (1964), en *Id.*, *Contribución a la Teoría del Derecho* (1979), traducción y edición de A. Ruiz Miguel, Debate, 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 339-353.
- E.W. BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. de J. Requejo e I. Villaverde, Nomos Baden-Baden, 1993.
- E. BOUTMY, “La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y M. Jellinek” (1902), trad. de J. González Amuchastegui, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, edición de J. González Amuchastegui, Nacional, Madrid, 1984, pp. 123-150.
- H.G. BOUVIER, “Lenguaje y Teoría del Derecho: Tensiones en una variante del realismo jurídico”, *Isonomía*, núm. 35, 2011, pp. 25-51.
- E. BULYGIN, “Prólogo”, a C. ORUNESU, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012, pp. 11-14.

- “Raz y la Teoría del Derecho. Comentarios sobre <¿Puede haber una Teoría del Derecho?> de Joseph Raz” (2006), trad. de H. Bouvier, en VV.AA., *Una discusión sobre la Teoría del Derecho*, edición de H. Bouvier *et al*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 99-110.

- A. CALSAMIGLIA, “El Derecho como integridad: Dworkin”, *Universitat Pompeu Fabra-Working Paper*, núm. 25, 1990, pp. 1-15.

- T.D. CAMPBELL, “El sentido del positivismo jurídico” (1998), trad. de A. Ródenas, *Doxa*, núm. 25, 2002, pp. 303-331.

- “El sentido del positivismo jurídico (II): El positivismo jurídico prescriptivo como un derecho humano”, trad. de J.A. Pérez Lledó, *Doxa*, núm. 27, 2004, pp. 27-44.

- R.A. CARACCILO, “Justificación normativa y pertinencia: Modelos de la decisión judicial” (1988), en *Id.*, *El Derecho desde la Filosofía: Ensayos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 37-69.

- *Sistema jurídico: Problemas actuales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

- “Sistema jurídico y regla de reconocimiento”, *Doxa*, núm. 9, 1991, pp. 295-309.

- “Sistema jurídico y regla de reconocimiento” (1991), en *Id.*, *El Derecho desde la Filosofía: Ensayos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 81-95.

- M. CARBONELL, “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, edición de M. Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Trotta, Madrid, 2007, pp. 9-12.

- G.R. CARRIÓ, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.

- Código Civil Francés/Code Civil: Edición Bilingüe* (1804), trad. de A. Núñez Iglesias, coordinación de R. Domingo, Marcial Pons, Madrid, 2005.

- J.L. COLEMAN, “Beyond Inclusive Legal Positivism”, *Ratio Juris*, núm. 3, 2009, pp. 359-394.

- “Negative and positive positivism”, *The Journal of Legal Studies*, núm. 139, 1982, pp. 139-164.

- P. COMANDUCCI, “Algunos problemas conceptuales relativos a la aplicación del Derecho”, trad. de C. Soriano Cienfuegos, en VV.AA., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 11-39.

- “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, en VV.AA., *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 85-121.

- “La interpretación jurídica”, s.t., en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, edición de J. Ferrer Beltrán y G.B. Ratti, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 51-70.

- “Modelos e interpretación de la constitución” (1990), trad. de M. Ferrer Muñoz, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, edición de M. Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Trotta, Madrid, 2007, pp. 41-67.

- P. CUENCA, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008.

- “María del Carmen BARRANCO AVILÉS, *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid, 2004, 158 pp.”, *Derechos y Libertades*, núm. 14, 2006, pp. 253-261.

- J. CUETO, “Prólogo”, a J. FRANK, *Derecho e incertidumbre* (1951), trad. de C.M. Bidegain, Fontamara, 2ª ed., México, 1993, pp. 7-22.

- J. DELGADO, “La noción de integridad en la teoría del Derecho de R. Dworkin: análisis y valoración”, *Derechos y Libertades*, núm. 11, 2002, pp. 15-44.

- E. DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática* (1966), Taurus, 9ª ed., Madrid, 2010.

- B. DIETRICH, “Función de las instituciones judiciales”, en W. ABENDROTH y K. LENK, *Introducción a la ciencia política* (1968), trad. de M. Faber-Kaiser, Anagrama, Barcelona, 1971, pp. 227-245.

- J. DORADO, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos: Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Dykinson, Madrid, 1997.

- *Iusnaturalismo y positivismo jurídico: Una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo*, Dykinson, Madrid, 2004.

- *Las teorías del Fundamental Law en Inglaterra: Orígenes doctrinales del constitucionalismo*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2000.

- E. DOUMERGUE, “Los orígenes históricos de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano” (1904), trad. de J. González Amuchastegui, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, edición de J. González Amuchastegui, Nacional, Madrid, 1984, pp. 169-223.

- R. DWORKIN, *El imperio de la justicia: De la teoría general del Derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica* (1986), trad. de C. Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1988.

- *Los derechos en serio* (1977), trad. de M. Guastavino, Ariel, 5ª reimp., Barcelona, 2002.

- R. ESCUDERO, *Los calificativos del positivismo jurídico: El debate sobre la incorporación de la moral*, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

- *Positivismo y moral interna del Derecho* (1999), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000.

- M.J. FARIÑAS, *El problema de la validez jurídica*, Civitas, Madrid, 1991.

- E. FERNÁNDEZ, *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho: La racionalidad política*, Dykinson, Madrid, 1997.

- L. FERRAJOLI, *Cultura jurídica y paradigma constitucional: La experiencia italiana del siglo XX*, trad. de A. de Cabo, Palestra, Lima, 2010.
- *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal* (1989), trad. de P. Andrés Ibáñez et al, Trotta, 9ª ed., Madrid, 2009.
 - *Derechos y garantías: La ley del más débil* (1999), trad. de P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Trotta, 7ª ed., Madrid, 2010.
 - “Sobre los derechos fundamentales”, trad. de M. Carbonell, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, edición de M. Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Trotta, Madrid, 2007, pp. 71-89.
- J. FERRER y G.B. RATTI, “Introducción”, a VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, edición de J. Ferrer Beltrán y G.B. Ratti, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 11-14.
- M. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales: Apuntes de historia de las constituciones* (1996), trad. de M. Martínez Neira, Trotta, 2ª ed., Madrid, 1998.
- J. FRANK, *Derecho e incertidumbre* (1951), trad. de C.M. Bidegain, Fontamara, 2ª ed., México, 1993.
- J.A. GARCÍA, “Del método jurídico a las teorías de la argumentación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 3, 1986, pp. 151-182.
- *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
 - “Iuspositivismo sin misterio y antipositivismo con enigmas: Comentario a las tesis de Andrés Ollero”, en VV.AA., *Derecho y moral: Una relación desnaturalizada*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012, pp. 53-116.
 - “Positivismo jurídico”, en VV.AA., *Derecho y moral: Una relación desnaturalizada*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012, pp. 163-264.
 - “Retórica, argumentación y derecho”, *Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 21, 1999, pp. 131-147.
- A. GARCÍA, *Principios y positivismo jurídico: El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy* (1997), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.
- E. GARCÍA, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo* (1967), Fontamara, 8ª ed., México, 2011.
- M. GARCÍA-PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo* (1977), Alianza, 2ª ed., 1ª reimp., Madrid, 1987.
- R. GUASTINI, *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. de J. Ferrer i Beltrán, Gedisa, Barcelona, 1999.
- “Sobre el concepto de Constitución”, trad. de M. Carbonell, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, edición de M. Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Trotta, Madrid, 2007, pp. 15-27.

- H.L.A. HART, "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream" (1977), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Nueva York, 2001, pp. 123-144.
- "Definition and Theory in Jurisprudence" (1954), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Nueva York, 2001, pp. 21-48.
 - *El concepto de Derecho* (1961), trad. de G.R. Carrió, Abeledo-Perrot, 2ª ed., Buenos Aires, 2007.
 - "El nuevo desafío del positivismo jurídico" (1979), trad. de L.L. Hierro, F. Laporta y J.R. de Páramo, *Sistema*, núm. 36, 1980, pp. 3-18.
 - *Post scriptum al concepto del Derecho* (1994), trad. de R. Tamayo y Salmorán, edición de P.A. Bulloch y J. Raz, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.
 - "Scandinavian Realism" (1959), en *Id.*, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Nueva York, 2001, pp. 161-169.
- F.A. HAYEK, *Camino de servidumbre* (1944), trad. de J. Vergara, Alianza, 3ª reimp., Madrid, 2005.
- L.L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo: Una teoría empirista del derecho* (1979), Iustel, 2ª ed., Madrid, 2009.
- *Estado de Derecho: Problemas actuales* (1998), Fontamara, 2ª ed., México, 2001.
 - "Sostiene Barberis: Consideraciones sobre el trayecto genovés desde el realismo jurídico al constitucionalismo", en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, edición de J. Ferrer Beltrán y G.B. Ratti, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 217-236.
- N. HOERSTER, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de J.M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1992.
- O.W. HOLMES, *La senda del Derecho* (1897), trad. de J.I. Solar Cayón, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- G. JELLINEK, "La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" (1895), trad. de A.G. Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, edición de J. González Amuchastegui, Nacional, Madrid, 1984, pp. 65-120.
- "La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: Respuesta a M. Boutmy" (1902), trad. de A.G. Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, edición de J. González Amuchastegui, Nacional, Madrid, 1984, pp. 153-165.
- R.M. JIMÉNEZ, *Una metateoría del positivismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- H. KELSEN, "¿Qué es el positivismo jurídico?" (1965), trad. de M. de la Cueva, *Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM*, núm. 61, 1966, pp. 131-143.
- *Teoría General del Derecho y del Estado* (1949), trad. de E. García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., 3ª reimp., México, 1983.

- *Teoría pura del Derecho* (1960), trad. de R.J. Vernengo, Porrúa, 15ª ed., México, 2007.
- A. LLAMAS, *Los valores jurídicos como ordenamiento material* (1991), Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993.
- P. LUCAS VERDÚ, *La lucha por el Estado de Derecho*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.
- A. MARMOR, *Interpretación y teoría del Derecho* (1992), trad. de M. Mendoza Hurtado, Gedisa, Barcelona, 2001.
- C.H. McILWAIN, *Constitucionalismo antiguo y moderno* (1938-39), trad. de J.J. Solozábal Echavarría, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- J.J. MORESO, “La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables”, en VV.AA., *Los desacuerdos en el Derecho*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, pp. 49-86.
- *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución* (1996), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- “Significado, interpretación y proposiciones normativas: Apuntes para un debate”, en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, edición de J. Ferrer Beltrán y G.B. Ratti, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 41-50.
- “Sobre “la teoría del Derecho en el sistema de los saberes jurídicos” de Luigi Ferrajoli”, en VV.AA., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, edición de G. Pisarello y R. García Manrique, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008, pp. 117-132.
- C.S. NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica: Con referencia particular a la dogmática penal*, Coyoacán, México, 2011.
- “El concepto de validez jurídica en la teoría de Kelsen” (1978), trad. de C. Rosenkrantz, en *Id.*, *La validez del Derecho* (1974-84), Astrea, Buenos Aires, 1985, pp. 7-27.
- K. OLIVECRONA, *El Derecho como hecho: La estructura del ordenamiento jurídico* (1939), trad. de L. López Guerra, Labor, Barcelona, 1980.
- A. OLLERO, “Derecho y moral: Una relación desnaturalizada”, en VV.AA., *Derecho y moral: Una relación desnaturalizada*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012, pp. 11-51.
- C. ORUNESU, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012.
- J.R. de PÁRAMO, *H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- G. PECES-BARBA, “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante” (1995), “Epílogo”, a G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia* (1992), trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, pp. 157-173.

- *Diez lecciones sobre Ética, Poder y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2010.
 - “Los derechos económicos sociales y culturales: Apunte para su formación histórica y su concepto”, en *Id.*, *Derechos sociales y positivismo jurídico: (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 7-66.
 - “Prólogo”, a P. CUENCA, *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. XXI-XXIV.
 - “Prólogo”, a M.J. FARIÑAS, *El problema de la validez jurídica*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 11-16.
 - “Sobre el positivismo jurídico”, “Prólogo”, a J. SANTAMARÍA, *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: libertad, igualdad y pluralismo político*, Dykinson, Madrid, 1997, en G. PECES-BARBA, *Derechos sociales y positivismo jurídico: (Escritos de Filosofía Jurídica y Política)*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 83-90.
- G. PECES-BARBA *et al*, *Derecho positivo de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1987.
- A. PÉREZ, *El Estado constitucional español*, Reus, Madrid, 2009.
- O. PÉREZ, “Dilemas constitucionales y decisiones judiciales”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2010, pp. 435-460.
- “¿Es necesaria la teoría para decidir casos judiciales? Sobre la crítica del pragmatismo jurídico al derecho como integridad”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 13, 2010, pp. 141-184.
- A.E. PÉREZ, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución* (1984), Tecnos, 9ª ed., Madrid, 2005.
- L. PRIETO, *Constitucionalismo y Positivismo* (1997), Fontamara, 2ª ed., México, 1999.
- “El constitucionalismo de los derechos” (2004), en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, edición de M. Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Trotta, Madrid, 2007, pp. 213-235.
 - *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987.
 - *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho* (1985-86), Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2005.
 - *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998.
 - “Prólogo”, a A. GARCÍA, *Principios y positivismo jurídico: El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy* (1997), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.
 - “Sobre la identificación del Derecho a través de la moral”, en VV.AA., *Los desacuerdos en el Derecho*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, pp. 87-145.

- *Sobre principios y normas: Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- G. RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho* (1948), trad. de W. Roces, Fondo de Cultura Económica, 4ª ed., México, 1974.
- J.A. RAMOS, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H.L.A. Hart: Un intento de configuración del Derecho como sistema normativo autónomo* (1988), Tecnos, Madrid, 1989.
- J. RAZ, *El concepto de sistema jurídico: Una introducción a la teoría del sistema jurídico* (1970), trad. de R. Tamayo y Salmerón, Coyoacán, 2ª ed., México, 2011.
- *La autoridad del Derecho: Ensayos sobre Derecho y moral* (1979), trad. de R. Tamayo y Salmerón, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 1985.
- “La política en el Estado de derecho” (1990), en *Id.*, *La ética en el ámbito público* (1994), trad. de M.L. Melon, Gedisa, Barcelona, 2001, pp. 395-404.
- “¿Puede haber una Teoría del Derecho?” (2005), trad. de R. Sánchez Brigido, en VV.AA., *Una discusión sobre la Teoría del Derecho*, edición de H. Bouvier *et al*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 47-86.
- *Razón práctica y normas* (1975), trad. de J. Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, 2ª ed., Madrid, 1991.
- “Teoría y conceptos. Réplica a Alexy y Bulygin” (2006), trad. de R. Sánchez Brigido, en VV.AA., *Una discusión sobre la Teoría del Derecho*, edición de H. Bouvier *et al*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 111-120.
- A. ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia* (1953), trad. de G.R. Carrió, Eudeba, 5ª ed., Buenos Aires, 1994.
- R. SÁNCHEZ, *El Estado constitucional: Configuración histórica y jurídica. Organización funcional*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009.
- S. SASTRE, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo* (1998), McGraw Hill, Madrid, 1999.
- J. SCHWABE, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán: Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe*, trad. de M. Anzola Gil y E. Maus Ratz, Fundación Konrad Adenauer, México, 2009.
- M. SEGURA, *Sobre la interpretación del Derecho*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003.
- J.I. SOLAR, *El realismo jurídico de Jerome Frank: Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2004.
- “Holmes: El inicio de una nueva senda jurídica”, “Estudio Preliminar”, a O.W. HOLMES, *La senda del Derecho* (1897), trad. de J.I. Solar Cayón, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 11-47.

- G. TARELLO, *Cultura jurídica y política del Derecho* (1988), trad. de I. Rosas, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
- “La semántica del néustico: Observaciones sobre la <parte descriptiva> de los enunciados prescriptivos” (1974), trad. de P. Luque Sánchez, en VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, edición de J. Ferrer Beltrán y G.B. Ratti, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 15-39.
- K. TUORI, *Positivismos crítico y Derecho moderno*, trad. de D. Mena *et al*, Fontamara, México, 1998.
- VV.AA., *El realismo jurídico genovés*, edición de J. Ferrer Beltrán y G.B. Ratti, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, edición de J. González Amuchastegui, Nacional, Madrid, 1984.
- W.J. WALUCHOW, *Positivismos jurídico incluyente* (1994), trad. de M.S. Gil y R. Tesone, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.
- J. WRÓBLEWSKI, “El problema del sentido de la norma jurídica” (1964), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho* (1989), trad. de F.J. Ezquiaga Ganuzas y J. Igartua Salaverría, Fontamara, 2ª reimp., México, 2008, pp. 85-104.
- “Enunciados valorativos en el Derecho: Una aproximación analítica a la axiología jurídica” (1981), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho* (1989), trad. de F.J. Ezquiaga Ganuzas y J. Igartua Salaverría, Fontamara, 2ª reimp., México, 2008, pp. 19-44.
 - “Ideología de la aplicación judicial del Derecho” (1974), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho* (1989), trad. de F.J. Ezquiaga Ganuzas y J. Igartua Salaverría, Fontamara, 2ª reimp., México, 2008, pp. 67-84.
 - “Justificación de las decisiones jurídicas” (1979), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho* (1989), trad. de F.J. Ezquiaga Ganuzas y J. Igartua Salaverría, Fontamara, 2ª reimp., México, 2008, pp. 45-65.
 - “La interpretación en el Derecho: Teoría e ideología” (1972), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho* (1989), trad. de F.J. Ezquiaga Ganuzas y J. Igartua Salaverría, Fontamara, 2ª reimp., México, 2008, pp. 149-171.
 - “Lenguaje jurídico e interpretación jurídica” (1985), en *Id.*, *Sentido y hecho en el Derecho* (1989), trad. de F.J. Ezquiaga Ganuzas y J. Igartua Salaverría, Fontamara, 2ª reimp., México, 2008, pp. 131-147.
- G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia* (1992), trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995.
- “Jueces constitucionales” (2006), trad. de M. Carbonell, en VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, edición de M. Carbonell, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Trotta, Madrid, 2007, pp. 91-104.